UNIVERSITE DE PARIS

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement le 22 Mars 1967

par

Jacques DUPICHOT

Membres du Jury :

Président — Monsieur le Professeur J. FLOUR

Suffragants — Monsieur le Professeur J. CARBONNIER

Monsieur le Professeur B. GOLDMAN

PARIS
LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1969

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534910_0035

Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

UNIVERSITE DE PARIS

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement le 22 Mars 1967

par

Jacques DUPICHOT

Membres du Jury :

Président — Monsieur le Professeur J. FLOUR

Suffragants — Monsieur le Professeur J. CARBONNIER

Monsieur le Professeur B. GOLDMAN

PARIS
LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1969

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

1. — Domaine d'élection des constructions théoriques, le droit de la responsabilité civile ne connaît point de théorie générale du dommage (1). Jadis, le concept de fait dommageable retint par trop l'attention des auteurs. Aujourd'hui, les controverses relatives au risque et à la faute ont perdu de leur acuité. L'on admet volontiers que le dommage constitue chronologiquement, financièrement et logiquement la notion primordiale de cette branche du droit.

Nous espérons contribuer à l'élaboration d'une théorie générale du dommage à partir de l'analyse d'une catégorie spéciale laquelle concentre, en pratique, l'essence des difficultés relatives à la notion de dommage. Il s'agit des préjudices subis par répercussion de l'atteinte à l'intégrité corporelle d'un autre sujet de droit.

2. — La doctrine contemporaine voit dans le préjudice corporel une *catégorie autonome* (2) qui associe intimement aspects patrimoniaux et extra-patrimoniaux. Ce type de dommage présente trois ordres d'intérêts.

D'une part, d'un point de vue pratique, la multiplication des accidents corporels justifie les efforts des praticiens (3) afin de classer les chefs de dommage et d'uniformiser les techniques de l'expertise et de l'évaluation concrète.

D'autre part, d'un point de vue plus juridique, le phénomène bien connu de l'inversion de l'idée de responsabilité vers la

(1) V. Carbonnier, n° 173, Théorie Juridique.

(2) Comp. Art. 3, § 2 (C. pr. pén.) : L'action civile, « sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que *corporels* ou moraux... ».

(3) L. Retail : *Techniques de l'expertise judiciaire*, Sirey 1952 ; Le Roy : *L'évaluation du préjudice corporel*, 4e édition 1966 ; R. Béraud : *Comment est évalué le préjudice corporel*, 1961 ; Toulemon et Moore : *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, Sirey 1956 ; Docteur A. Geerts : *L'indemnisation des lésions corporelles à travers les siècles*, 1962, etc... Cf. *infra*, n°s 143 et s.

garantie de la victime (3 bis) est issu du dommage corporel. La garantie dûe à la victime, jointe aux préoccupations démographiques de l'Etat ont donné naissance à une politique civile de sécurité : obligations de sécurité, développement de la responsabilité du fait des choses, sécurité sociale, faveurs fiscales envers l'assurance de personnes, etc.. *Il n'est de richesse que d'hommes.*

Enfin et surtout, la peine privée, second pôle de la responsabilité civile, joue ici un rôle fondamental. Certes, le recours aux techniques purement pénales est utilisé puisque les attentats contre les personnes constituent une notion autonome du droit pénal spécial. Mais, du point de vue de la victime ou de ses proches, l'atteinte à l'intégrité corporelle engendre, au-delà du besoin de garantie pécuniaire, un épiphénomène, un désir de vengeance inavoué et inavouable. Ce désir se manifeste notamment sous le couvert de la réparation du dommage moral et de l' « autonomie » du droit pénal.

3. — Les notions de garantie et de peine privée, finalités premières de la responsabilité civile (4), sont exaspérées en ce domaine. Il importe d'assurer la réparation des conséquences pécuniaires du dommage corporel et d'éviter l'impunité du responsable. L'on sait que la victime immédiate dispose d'une action en réparation et que notre droit positif reconnaît à ses ayants cause la possibilité d'agir de son chef, notamment en cas d'accident mortel, afin que la gravité de l'accident n'en entraîne pas la gratuité (Recours subrogatoire des débiteurs sociaux action successorale, etc...). Mais cette préoccupation de police législative se manifeste surtout par l'indemnisation des victimes médiates, objet de notre étude.

Ce phénomène, usuellement connu sous la désignation de *dommage par ricochet, se produit exclusivement en matière de préjudice corporel* (5). Il contribue beaucoup à l'originalité de la situation née d'une atteinte illégitime à l'intégrité physique d'un sujet de droit. Les actions fondées sur des préjudices réfléchis contribuent également à éviter l'impunité du responsable. Ceci présente l'avantage d'accentuer tant l'effet de prévention générale et spéciale, si nécessaire en cas d'accident corporel, que la protection des intérêts légitimes des tiers lorsqu'ils ont été directement lésés par l'accident.

(3 bis) Cf. entre autres : G. Viney, *Le déclin de la Responsabilité Individuelle*, Th. Paris 1965 (nos 1 et 458).

(4) B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée.* Thèse, Paris 1947.

(5) Mme Lambert (p. 104 à 138) cite également l'action d'une collectivité. Or, il semble douteux que l'action des groupements, lorsqu'elle est recevable, se fonde sur un préjudice médiat.

4. — La *notion de dommage réfléchi* appelle quelques précisions bien qu'elle soit aujourd'hui largement utilisée tant par la Doctrine que par la Jurisprudence. Du point de vue de la détermination, d'une part, des ayants droit à réparation et, d'autre part, de l'objet de leur action, le dommage dit par ricochet est indépendant du dommage immédiat (6). En effet, ce dommage est direct, actuel, certain et personnel à la victime médiate qui l'invoque.

En premier lieu, le préjudice par ricochet est personnel à celui qui l'invoque. Ce premier point prête peu à discussion. Il répond seulement à la maxime « pas d'intérêt, pas d'action ». Il s'agit d'un cas de pluralité de victimes ou plutôt de pluralité de dommages issus d'un même fait dommageable (7). Toutefois, cette hypothèse est fort différente de celle des préjudices *collectifs* tels ceux que cause au locataire, au propriétaire et au créancier hypothécaire la destruction de l'immeuble. Toutes les victimes sont alors solidaires à raison de la chose alors que, dans le dommage par ricochet, il s'agit d'une solidarité quant aux personnes (8). Entre les diverses victimes par ricochet, la solidarité d'intérêts est constituée par une personne humaine. Ceci modifie bien des perspectives.

Entre les situations des victimes par ricochet et celle de la victime immédiate (9), il y a toujours une différence quant à la date à laquelle a pris naissance le droit à réparation : le dommage par ricochet est toujours postérieur au dommage subi par la victime immédiate, ne s'agirait-il que d'un instant de raison en cas de décès instantané. Le dommage par ricochet est la répercussion du dommage subi par la victime initiale ; il est donc, en un certain sens, susceptible d'être qualifié d'indirect (10).

(6) Mme Lambert fait appel à l'image d'un « faisceau à deux branches dont chaque branche relie directement le responsable à chacune des victimes, celles-ci n'étant pas reliées l'une à l'autre » (*op. cit.* p. 4). Ceci ne rend peut-être pas compte de certaines hypothèses, notamment celle de l'action de l'Etat ou du patron pour une blessure infligée au fonctionnaire ou à l'employé.

(7) Voy. sur cette distinction : Dabin, Belg. Jud. 1935, p. 526 col. 1 ; Mazeaud-Tunc, II, n° 1871 et 1872 ; Morel, *La Réparation du Préjudice*, Cours Doctorat, Paris 1952, p. 26.

(8) Comp. cependant Civ. 16 janvier 1962, J.C.P. 1962.2.12557, note Esmein : la perte d'un cheval de course. Mais, précisément, était-ce un dommage par ricochet ? Cf. *infra*, n° 194.

(9) Il s'agira parfois d'un même sujet de droit cumulant l'action successorale et son action par ricochet.

(10) En ce sens : Aubry et Rau, § 444, 4e éd. ; Demolombe, éd. 1882. t. XXXI, n° 673, p. 576 ; Demogue, *De la réparation civile des délits*, Paris 1898, p. 41 ; Lalou, 1re éd., 1928, n° 28. Cette terminologie a été vivement critiquée par M. Joly. Pour cet auteur, parler de dommage « indirect », c'est élaborer une « classification de pure forme qui ne répond à aucune exigence de fond » (n° 14, p. 38, Joly, Th. Caen 1938). A notre sens, une telle terminologie prêterait surtout à confusion (Cf. *infra*, n° 5 et note 15).

5. — En second lieu, le dommage par ricochet, pour médiat qu'il soit, n'est pas un préjudice indirect (11). L'article 1151, édicté en matière contractuelle, est étendu à la responsabilité délictuelle car il ne fait qu'appliquer les principes généraux qui ont trait à la nécessité d'un lien de causalité. Il s'agit uniquement de mettre un terme à la recherche des « conséquences dommageables dont la cause première devient impossible à discerner avec certitude », et à « cette cascade de responsabilités qui ne saurait, sans arbitraire et sans injustice se prolonger à l'infini » (12). Le dommage indirect, c'est le dommage « en cascade » de Josserand. Le dommage par ricochet est tout autre.

Certes, si par dommage direct on entendait celui qui est lié immédiatement et directement au fait dommageable, le dommage par ricochet constituerait un préjudice indirect (13). Mais il n'en est rien : L'expression « dommage direct » ne prend pas l'épithète « direct » dans son sens courant comme peut le laisser croire la rédaction justement critiquée de l'article 1151. Les expressions « dommage nécessaire » ou « suite nécessaire », que l'on trouve chez Pothier, sont préférables et marquent mieux la nature du lien de causalité (14). Elles n'induisent pas en erreur le lecteur inaverti en lui permettant de supposer que seul le premier préjudice est réparable, alors même que des préjudices subséquents résulteraient nécessairement du fait dommageable initial. Elles n'incitent pas les tribunaux à accorder la réparation de préjudices que, par ailleurs, ils qualifieraient d'indirects (15), solution contestable en apparence. En effet, en l'absence d'une expression légale plus satisfaisante le préjudice « indirect » est irréparable et le qualificatif « direct » recouvre l'idée d'une causalité nécessaire et d'une certaine prévisibilité (16).

(11) Sur la règle de la non-réparation du préjudice indirect, v. A. Joly, Th. Caen 1938 ; Mazeaud-Tunc, II, n° 1666-1677-2 (et bibliographie citée, n° 1666, note 3) ; Rodière, n° 1622 ; Savatier, t. II, n° 521 ; Ripert et Boulanger, t. II, n° 1008 ; Lalou, n° 77 à 86, etc...

(12) Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3e édition, t. II, n° 449.

(13) Comp. Perret, p. 20 : Le dommage est indirect par rapport à l'auteur de l'accident, mais direct par rapport à la personne lésée » ; Carbonnier, II, p. 590 C ; Lambert, p. 17-20 ; Bacon, *In jure non remota causa, sed proxima spectatur* (cité par Mazeaud-Tunc, n° 1667).

(14) MM. Mazeaud-Tunc (II, n° 1763, note 4) relèvent que l'article 100 du projet de Code franco-italien des obligations avait opté pour l'expression « suite directe ».

(15) V. arrêts cités par MM. Mazeaud-Tunc, n° 1677, p. 665, note 1. V. également : T.C. Seine, 5 décembre 1911, G. Trib. 1912.1.2.142 et 23 janvier 1922, DH.1924.319 ; Paris, 6 juillet 1927, DH.1927.515 et 12 mars 1932, G. Trib. 1932.1.2.23 ; Nancy, 14 novembre 1925, G.P. 1926.1.262 ; T.C. Bordeaux, 14 décembre 1933, DH.1934.96 ; Lyon, 11 juin 1892, S.1894.2.22.

(16) Toutefois, « une fois le dommage produit, il sera malaisé de prouver qu'il n'aurait pas dû se produire » (Flour, note DC. 1941.1.85 sous Civ. 24 février 1941). L'idée de prévisibilité est parfois affirmée avec vigueur

Certes, la formule de la « suite nécessaire », surtout conçue comme une nécessité atténuée faisant une large part à l'éventualité et à la liberté humaine (17), n'est pas une formule magique qui permette de distinguer sans peine le préjudice, trop indirect pour être réparable, du préjudice suffisamment direct pour l'être. « La causalité n'est, pas plus que la justice, facilement connaissable » et, devant « chaque situation de fait, dans le calcul de probabilités en lequel se résume la formule, les divergences d'appréciation apparaissent » (18). Elles sont inévitables au plan du fait (19). Il n'en reste pas moins que *le dommage dit par ricochet n'est pas ipso facto un dommage indirect* (20). Tel était notre propos.

6. — Le dommage par ricochet est donc un dommage personnel à celui qui l'invoque et direct lorsqu'il est la suite nécessaire du fait dommageable, c'est-à-dire la conséquence « normale » de l'accident. L'expression « dommage par ricochet », utilisée jusqu'ici, constitue-t-elle une comparaison suggestive ? Certes, si nous la rapprochons de l'image de Josserand le dommage par ricochet s'oppose fort bien au dommage indirect, préjudice en cascade. La cascade de préjudices évoque une chute sans fin alors que le nombre de ricochets, nécessairement limité, est tributaire de la violence de l'impulsion originelle, en l'espèce, le fait dommageable (21), ainsi que de l'ampleur du dommage

par les auteurs. (Carbonnier, t. II, p. 602, n° 175.3° ; Rodière, Rep. D. Dr. Civ. V° Responsabilité, n° 239 ; Savatier, t. II, n° 472 et s. ; Savatier, Rev. Crit. Jur. 1934, n° 11).

(17) Tunc dans Mazeaud-Tunc II, n° 1673, p. 657.

(18) Flour, note DC. 1941.85 et s. sous Civ. 19 et 24 février 1941, I.A. ; Comp. Marty, Rev. Tr. Dr. Civ. 1939, p. 695 et s. ; P. Esmein, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité*, D. 1964, Chr. p. 205 ; Dabin, n° 149, éd. Paris 1929 (probabilités nuancées par « jugement et bon sens ») ; Joly, Th. préc. qui, « vu les difficultés de la preuve », propose « un retour à l'idée de probabilité du dommage » (Table des matières, n° 67, p. 356).

(19) Comp. sur l'idée que la formule du dommage indirect dissimule le *jus moderandi* du juge français (Marteau P., *La notion de causalité dans la responsabilité civile*. Th. Aix 1914, in fine ; Esmein, *op. cit.*, D. 1964, chr. 205.

(20) Mazeaud-Tunc II, n° 1676, p. 664 ; Savatier II, n° 548 ; Dabin, Belg. jud. 1935.526, col. 2 ; Lalou, n° 80, *in fine*, 81 et 82 ; Joly, Th. préc., p. 38 ; Le préjudice se réalise « par une interposition de personne » (Expression contestable car équivoque et peu heureuse à notre sens).

(21) On retrouverait ainsi dans le dommage par ricochet les observations des auteurs qui voient plus ou moins dans « la formule du dommage indirecte une fausse étiquette qui sert à désigner le *jus moderandi* du juge français » (Marteau, *La causalité dans la responsabilité civile*, Th. Aix 1914, p. 221) ; Adde : Carbonnier, t. II, n° 175, p. 603 a, *in fine*. « Ce qui paraît dominer réellement la jurisprudence, c'est sa *tendance à confondre faute et rapport de causalité* » ; *Contra* : Mazeaud-Tunc II, n° 1672. La jurisprudence n'est pas sans offrir quelques exemples topiques en matière de préjudice immédiat (T.C. Arras, 27 juillet 1938, DH. 1938.572 : Un défaut de signalisation était connu de la victime). L'idée de *peine privée* est toujours plus ou moins sous-jacente dans l'appréciation du rapport causal

initial (22). Cependant, nous substituerons volontiers à cette expression celle de préjudice réfléchi (23). Pour « lumineuse » qu'elle soit, cette terminologie, sans nous satisfaire entièrement, présente des avantages décisifs par rapport à l'expression « dommage par ricochet ». En premier lieu, par l'évocation du rayon lumineux, elle s'adapte mieux qu'une image plus strictement matérielle au préjudice moral, totalement intangible. En second lieu, le rayon lumineux ne se réfléchit qu'une fois, à moins de pénétrer dans un jeu de miroirs parallèles, et ceci quelle qu'en soit l'intensité : Là encore, l'expression de dommage réfléchi épousera mieux le préjudice d'affection que ne le ferait l'expression de dommage par ricochet (24). Enfin, à peine oserons-nous faire état d'une préférence purement phonétique. Nous ferons d'ailleurs un usage alternatif de ces deux expressions, l'expression « par ricochet » étant adoptée très largement aujourd'hui (25). Au demeurant, l'essentiel consiste à écarter

mais elle se manifestera plus nettement en matière de dommage par ricochet car le fait dommageable initial consiste en une atteinte à l'intégrité corporelle. (Rapprocher EISMEIN, D. 1965, chr. p. 22, *in fine* : « L'appréciation de l'existence de la force majeure est une appréciation de la conduite du défendeur et non pas seulement une question de causalité »).

(22) ...d'où l'importance de la condition du décès ainsi que nous le verrons (*infra*, n°s 12 à 22 et 175).

(23) Proposée par M. Joly au n° 14 de sa thèse. Cet auteur marque cependant une nette préférence pour l'expression « dommage incident » retenue par son maître, le Professeur Gombeaux (Cours inédit, Caen 1932-33 cité p. 39, note 2, in Th. Joly) ; il utilise également l'expression « dommage par répercussion » (p. 39).

(24) Problème du préjudice moral réfléchi pour blessures, véritable « galerie des glaces ». Cf. *infra*, n° 210, in fine.

(25) a) L'expression *dommage par ricochet* fut utilisée en premier lieu, semble-t-il, par DEMOGUE dans *De la réparation civile des délits*, p. 41 (JOLY, thèse n° 14).

b) Cette expression est adoptée notamment par : MAZEAUD-TUNC (II, n° 1872) ; GIVORD, n° 42 ; CHAPUS, p. 597 (Tables) ; FLOUR, Cours 1960-61, p. 781 ; RAYNAUD, Cours 1961-62, p. 498, B.

c) Cette expression est utilisée avec plus de réserve, semble-t-il, par : PERRET, p. 13 ; MARTY-RAYNAUD (guillemets), n° 384, p. 365 c ; DABIN, Belg. jud. 1935, p. 526.

d) D'autres auteurs préfèrent souvent l'expression « *action personnelle* » (ce qui constitue un pléonasme et n'écarte pas toute équivoque) ; V. RODIÈRE, n° 1604 et s. ; SAVATIER, n° 548 et s. ; LALOU, n° 142 et s., 156 et s. ; EISMEIN dans PLANIOL et RIPERT, t. VI, n° 547 et s. et dans AUBRY et RAU, § 444 ; CARBONNIER, t. II, p. 587 c., n° 171 préférence pour « *victime médiate* »).

e) Jurisprudence : les tribunaux parlent le plus souvent d'action personnelle et parfois de *préjudice de répercussion* (Lyon, 26 janvier 1956, GP. 1956.1.362), rejoignant en cela nos anciens auteurs qui parlaient volontiers de *contre-coup* (DEMOLOMBE, t. 31, n° 673, p. 576), expression conservée par des auteurs qui considèrent que « l'expression de préjudice par ricochet, sans être inexacte, n'est pas absolument sans danger » de confusion avec le dommage indirect (MOREL, *op. cit.*, p. 25 ; Adde : GARDENAT et RICCI, éd. 1927, n° 132) ; *Préjudice dérivé*, par opposition à « préjudice principal » (Paris, 19e chambre, 9 novembre 1963. J.C.P. 1964.IV.36).

tout risque de confusion avec le préjudice indirect ou avec l'action de la victime immédiate exercée de son chef.

7. — Après avoir ainsi fixé notre terminologie et la conception que nous nous faisons du dommage réfléchi, il importe de déterminer dans quelles hypothèses concrètes, des dommages réfléchis seront suffisamment certains et légitimes pour être réparés.

On comprend mieux alors l'intérêt du problème et les raisons d'une littérature fort abondante. Le débat essentiel ne porte nullement sur le principe du droit à réparation des victimes par ricochet mais, bien au contraire, sur la recherche d'une formule satisfaisante de limitation des ayants-droit. Le dommage réfléchi se présente tantôt sous l'angle du préjudice matériel (décès du chef de famille, d'un client fortuné), tantôt sous celui du préjudice moral : décès d'une mère chérie, d'une belle-mère, d'un ami de longue date, d'une célébrité à laquelle on vouait un véritable culte, à la scène ou sur les champs de course (26). Dans l'un ou l'autre domaine, pour peu qu'une jurisprudence bienveillante les y encourage, la barre des tribunaux serait rapidement encombrée par de prétendues « victimes » médiates alléchées par la perspective d'une indemnité éventuelle et agissant bien plus par esprit de lucre que de *damno vitando*. « Comment limiter un flot montant d'actions » (27) que l'on ne peut exclure globalement des prétoires ? Tel est l'essentiel du problème.

L'analyse attentive de la jurisprudence permet de discerner une seconde préoccupation, inverse de la précédente : ouvrir, en toute hypothèse, la porte à une action au moins, afin que, du décès de la victime immédiate, ne puisse résulter la gratuité du fait dommageable pour l'auteur responsable. *Le droit positif français navigue donc entre deux écueils : raz-de-marée d'actions concurrentes et impunité de l'auteur du fait dommageable.*

8. — Des exemples évoqués précédemment, il résulte implicitement une différence fondamentale entre le préjudice matériel réfléchi et le préjudice moral réfléchi, différence trop rarement mise en valeur. Nous nous étonnons qu'en matière de dommage matériel, un auteur puisse parler de « digues hâtivement bâties » (28) contre le flot montant des actions en justice. En revanche, nous comprenons fort bien que l'on s'interroge avec anxiété sur les techniques propres à « limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite

(26) Civ. 16 janvier 1962 préc.
(27) Rodière, n° 1604 bis.
(28) Rodière, n° 1605 et Rep. D. V° Responsabilité, n° 177. Comp. J. Cl. Civil, art. 1382, Fasc. II, 5e cahier, n° 9 (« nombre indéfini de demandeurs »).

d'un décès accidentel » (29), problème qui s'apparente à la recherche de la quadrature du cercle si l'on raisonne dans le cadre de la théorie satisfactoire.

La distinction, pour ne pas dire l'opposition, entre le préjudice matériel réfléchi et le préjudice moral réfléchi gouverne donc l'étude de la question. De fait, il faut affirmer avec vigueur que *le problème du raz-de-marée d'actions ne se pose qu'à l'occasion du préjudice moral.* En matière patrimoniale le demandeur, dès lors qu'il justifie d'un préjudice certain, ne reçoit que son dû, même si l'évaluation concrète est élevée dans l'hypothèse où la victime immédiate disposait de revenus considérables et indépendants pour partie de sa fortune acquise (30). Il n'y aurait pas lieu de s'étonner que l'évaluation des dommages-intérêts dûs par l'auteur responsable du décès d'un véritable « capitaine d'industrie » atteigne des sommes vertigineuses. La remise en cause globale du système capitaliste et de la hiérarchie des revenus peut avoir sa noblesse. Il n'en irait pas de même du sacrifice imposé à une minorité à la suite du décès accidentel d'un chef de famille doté d'une belle situation. Il n'y a aucune raison de le rémunérer, à titre posthume, au S.M.I.G. Ce socialisme « honteux » s'apparenterait plutôt au coup de pied de l'âne de la fable.

En revanche, s'agissant du préjudice extrapatrimonial et chacun se créant plus ou moins aisément son propre titre à indemnité (31), le problème du raz-de-marée d'actions se pose réellement. Il importe alors de trancher dans le vif car « la responsabilité n'est supportable dans ces conditions que si on admet une sorte de limitation forfaitaire non seulement du montant de la réparation, mais même du nombre des personnes ayant droit à indemnité » (32). De plus, quant au caractère même de l'action, l'unanimité est loin d'être réalisée (33).

En conséquence, nous procèderons à l'étude successive de ces problèmes car, d'une part, les principes divergent et, d'autre part, même si l'on devait adopter des principes analogues, il conviendrait de les appliquer dans des conditions de fait radicalement différentes (34).

(29) H. Mazeaud, D.H. 1932, chr. 77-78.

(30) Quid en cas de décès accidentel de Henri Ford II ou de M. Boussac ? *Contra* : Tunc, *Sécurité Routière*, n° 48, note 111 et n° 61 (plafonnement des revenus).

(31) Comp. Ripert, *Règle Morale*, n° 182, p. 370. Adde : Morange au D. 1948, chr. 105 (« réactions en chaîne »).

(32) Perret, p. 3 à propos du préjudice matériel aussi bien que moral (d'où une contradiction inutile avec p. 2).

(33) Comp. Marty, S. 1931.1.146, col. 1.

(34) Comp. Flour, Rev. Crit. Lég. Jur. 1938.38, p. 361 ; *Contra* : Perret, p. 9 : « Tout ce qui sera dit du dommage matériel sera vrai en principe du dommage moral » et Lambert, p. 35 à 92 qui, sans ignorer la distinction des deux chefs de préjudice en imbrique les études respectives.

9. — Il ne faudrait pas en conclure pour autant que l'analyste puisse commodément isoler chacun de ces types de dommage par ricochet. Les tribunaux étant, le plus souvent, saisis de demandes relatives à l'un et à l'autre chefs de préjudice, un véritable système de vases communicants s'est établi. Au niveau du fait, nous notons qu'en l'absence de tout préjudice matériel, le juge se montre, parfois, très large quant au dommage moral (35) et vice-versa (36). Au plan des principes, nous verrons que les tribunaux ont suivi des politiques voisines dans l'un et l'autre domaines. Il en résulte un parallélisme certain dans l'évolution jurisprudentielle car Evolution il y a.

De fait, cette matière où abondent revirements de jurisprudence et divergences entre nos plus hautes juridictions, offre, plutôt qu'un ensemble d'évolutions anarchiques (37), l'exemple d'une vaste Evolution que sous-tendent quelques préoccupations essentielles, celles que l'on recherche en vain dans les attendus de principe des arrêts de notre Cour Suprême. A travers les reniements et les incertitudes jurisprudentielles, se dessine un mouvement caractérisé par un *retour aux sources de notre Droit — pour ne pas dire de notre Ancien Droit — de la Responsabilité civile*. Il apparaît également que cette évolution, pour être mieux comprise, gagnerait à être envisagée d'un point de vue dynamique et, plus précisément, dialectique. De fait, si retour aux sources il y a, il s'agit d'un retour enrichi de toute l'expérience des contradictions antérieures que la jurisprudence la plus récente vise à dépasser : Il y a progrès, ascension en spirale et donc Evolution (38).

Sociologiquement, le trait le plus marquant de cette évolution réside dans la *permanence du concept de solidarité familiale* en tant que fondement du dommage réfléchi. Quant au préjudice matériel, les demandeurs qui entretenaient des relations d'affaires avec la victime sont généralement exclus de la liste des ayants droit à indemnité comme alléguant un dommage « indirect » alors que les proches parents obtiennent fréquemment une

(35) Préjudice d'affection subi par un département pour le décès d'un enfant de l'Assistance Publique (T. Civ. Carcassonne, 4 janvier 1923, D. 1924.2.35 sous note, infirmé par Montpellier, 4 février 1924). Il s'agissait d'éviter l'impunité du responsable.

(36) Lorsque la réparation du dommage moral n'est pas possible (ex : T. Civ. Seine, 30 mars 1901, Gaz. Trib. 1901.2.36, 2e partie. 8 % d'incapacité de travail pour ablation d'un testicule).

(37) Contra en 1934. PERRET, p. 21 : « La jurisprudence n'est arrivée ni à trouver un principe auquel elle se fixerait et dont elle se bornerait à reconnaître les applications pratiques, ni même une ligne de conduite dans la délimitation des ayants-droit ».

(38) Il ne nous semble pas que la jurisprudence « tourne en rond » ; il nous semble qu'il y a là une progression hégelienne (imposée plus, au demeurant, par le contact des réalités que par une démarche a priori de la pensée). Contra : Il en va différemment lorsque les Chambres Réunies se prononcent en ignorant des précédents classiques (cf. *infra,* n° 247).

indemnité, compte tenu de la simple perte d'une chance d'obtenir des subsides. Quant au préjudice moral, il ne semble pas qu'un ami ait jamais obtenu (voire même sollicité) l'octroi d'un *pretium affectionis*.

En revanche, la structure de la Famille a évolué depuis l'Ancienne France. Revirements et divergences de jurisprudence s'expliquent le plus souvent par l'apparition progressive d'une *famille de fait*. L'évolution des mœurs a conduit les tribunaux à prendre en considération la solidarité familiale issue des liens du sang (filiation biologique) ou de l'adoption de fait. Mais, il n'en va pas encore de même du mariage apparent. Pour le dommage matériel comme pour le préjudice d'affection, la Cour de Cassation reste divisée quant à l'appréciation de la licéïté du dommage que subit la concubine (— ou le « compagnon » —) de la victime immédiate. Cette difficulté a par trop pesé sur les débats doctrinaux depuis un demi-siècle

C'est à ces questions que se proposent de répondre les trois parties de cette étude :

— Du préjudice matériel réfléchi.

— Du préjudice d'affection.

— De la licéïté du dommage : Le problème de l'indemnisation de la concubine.

PREMIERE PARTIE

DU PREJUDICE MATERIEL REFLECHI

NOTIONS PRELIMINAIRES

I. - *Systèmes théoriques concevables a priori.*

10. — Lorsque d'un fait dommageable, résulte un dommage corporel, ce même fait est souvent la cause génératrice de dommages réfléchis affectant d'autres patrimoines que celui de la victime immédiate. Dans notre société néo-capitaliste et technocratique, le rôle de la fortune acquise a décliné au profit de celui des revenus du travail (1). En outre, le néo-libéralisme économique se traduit par des rigidités croissantes dans les courants commerciaux et une grande stabilité de la main-d'œuvre au sein de l'entreprise. Par ailleurs le développement des institutions de garantie n'a nullement éclipsé les idées traditionnelles de solidarité familiale. Autant de raisons qui expliquent qu'en définitive la pluralité de victimes et de dommages constitue la règle à la suite d'un accident corporel grave.

Nous avons exposé précédemment notre sentiment sur le prétendu risque d'un raz-de-marée d'actions quant au dommage matériel. Le risque est nul, par définition, si l'on ne répare que des préjudices certains et directs. Il s'agit toujours de préjudices appréciables objectivement et causés par le défendeur et non pas de dommages résultant de la sensibilité plus ou moins exacerbée du demandeur. La difficulté peut donc être résolue, sans qu'un recours à des expédients d'infortune, « digues hâtivement bâties » (2), ne s'impose. La délimitation du cercle des ayants-droit

(1) La croissance rapide de la valeur en capital des biens immobiliers confirme ce fait puisqu'il ne s'agit pas de revenus. Bien au contraire, la part de son revenu que consacre le propriétaire à l'acquisition de son local d'habitation croît (acquisition à crédit). En revanche, le revenu qu'il est en droit d'attendre de la location de son patrimoine immobilier tend à diminuer (relativement aux autres sources de revenus).

(2) *Contra* : Morel, p. 35, in fine ; Rodière, n° 1605, p. 223 ; Rodière dans Encycl. D. V° Responsabilité, n° 177 (« flot montant de réclamations »).

En ce sens : Mazeaud-Tunc, n° 277-4, p. 353, note 7. Ces auteurs conseillent au juge une constante sévérité dans l'appréciation du lieu causal afin d'écarter préventivement des demandes téméraires, le véritable danger se situant dans le domaine moral.

n'en soulève pas moins diverses questions épineuses qui relèvent, en dernier ressort, des principes les plus élevés du Droit de la Responsabilité Civile.

11. — En effet, au plan des principes, soit crainte illusoire d'une avalanche d'actions, soit volonté délibérée d'écarter *a priori* certains demandeurs, les tribunaux et les auteurs se sont longuement interrogés sur la nature des rapports qui doivent unir les victimes par ricochet à la victime immédiate pour que le dommage réfléchi soit juridiquement réparable. *Quatre critères sont concevables a priori.*

La lésion d'un intérêt suffit-elle, quels que soient les caractères de l'intérêt lésé ? Toute atteinte à une situation de fait, même contraire au Droit, pourrait alors fonder une demande en réparation (3).

Exigera-t-on au contraire que l'intérêt lésé présente certaines qualités, notamment de légitimité ? Ou, du moins, si l'intérêt n'apparaît pas parfaitement légitime, suffira-t-il que la réprobation encourue par l'auteur du fait dommageable masque l'illégitimité relative de l'intérêt lésé ? En un mot, se contentera-t-on d'un intérêt même illégitime lorsqu'il n'y a pas *pari causa turpitudinis*. Peut-on transposer ici l'adage célèbre : « *In pari causa turpitudinis, cessat repetitio* » (4) ?

Doit-on exiger que le fait dommageable ait porté atteinte à un droit précis dont la victime était titulaire, droit subjectif défini et garanti par le Droit, telle l'obligation alimentaire ?

Ne faut-il pas aller jusqu'à exiger l'atteinte à un droit subjectif né et actuel, partant muni d'action, tel le droit aux aliments lorsque ses conditions de mise en œuvre sont réunies ?

Ces options fondamentales ne se posent avec acuité qu'à l'occasion du dommage réfléchi. L'atteinte aux biens corporels ou incorporels, l'inexécution d'une obligation, et l'atteinte à l'intégrité physique de la victime immédiate lèsent, par hypothèse, autant de droits subjectifs préexistants si, du moins, l'on considère les droits de la personnalité comme tels (5). Aussi, est-ce

(3) Cette solution ne peut être éliminée a priori puisqu'elle correspond à la jurisprudence de la Chambre Criminelle dans les hypothèses exceptionnelles où la victime immédiate (avortée) ne justifie ni d'un droit ni d'un intérêt légitime, Crim. 7 juin 1952, J.C.P. 1952.2.7074, rapp. Brouchot. Comp. Soc. 8 janvier 1964, J.C.P. 1964.2.13546.

Contra : M. Chapus élimine a priori cette solution, « possible intellectuellement et non juridiquement » (n° 452). Une telle assertion semble aventurée puisque, précisément, il y a des exemples jurisprudentiels.

(4) Actions de la prostituée contre le proxénète ; de l'avortée contre l'avorteuse professionnelle ; de la concubine contre le « fêtard » qui, conduisant en état d'ébriété, a écrasé son compagnon. Cette variante de l'exigence d'un intérêt légitime est voisine de la jurisprudence évoquée dans la note précédente.

(5) Pour « le noli me tangere fondamental », voy. Carbonnier, t. I, p. 167 et s. (éd. 1964).

au terme d'une étude essentiellement jurisprudentielle du préjudice réfléchi que nous dégagerons les caractères fondamentaux de tout dommage matériel juridiquement réparable.

II. - *Classification tripartite des chefs de préjudice.*

12. — Au plan des espèces concrètes, il semble qu'un effort de classification des demandes puisse faciliter la solution du problème théorique. Une optique globale du dommage réfléchi risque, par exemple, de dissimuler l'inaptitude du critère du droit muni d'action à régir l'action de la fiancée en réparation des frais engagés ou celle d'un associé pour la perte d'un précieux collaborateur.

Une question mérite notamment d'être posée explicitement : *Le décès de la victime immédiate constitue-t-il une condition sine qua non du succès de la demande intentée par la victime médiate ?* Cette question est rarement envisagée car les juristes ont précisément trop concentré leurs analyses sur l'hypothèse d'un accident mortel.

La survenance du décès ne revêt pas une importance primordiale lorsqu'il s'agit de l'action de la victime immédiate, réserve faite des difficultés relatives à la transmissibilité du droit à réparation du dommage moral. Cette question est, d'ailleurs, intimement liée à celle de l'exigence du décès pour la réparation du préjudice d'affection (6). En revanche, la condition du décès de la victime immédiate est fréquemment une condition de la certitude du préjudice matériel réfléchi. Il nous semble impossible de se conformer à l'opinion de MM. Mazeaud et Tunc lorsqu'ils écrivent : « Le raisonnement est identique lorsqu'il y a eu, non pas accident mortel, mais accident entraînant une diminution de la capacité de travail empêchant la victime de subvenir en totalité ou en partie, aux besoins de ses parents » (7). Il est aventuré d'envisager globalement les « atteintes à la situation d'une personne résultant du décès *ou* de l'incapacité de travail d'une autre personne » (8). Il est remarquable, au demeurant, que ces auteurs s'empressent d'ajouter : « Pour plus de simplicité dans l'exposition, on envisagera désormais la seule espèce d'un accident mortel » (9).

Faut-il, à l'opposé, exiger comme un préalable à la receva-

(6) Cf. *infra*, n° 211.
(7) Mazeaud-Tunc, n° 277-3, note 2.
(8) Mazeaud-Tunc, n° 277. Intitulé.
(9) Crim. 4 mai 1954. Le Marec C. Loubriat, J.C.P. 1954.2.8245, seule décision citée ne concerne que le dommage moral. (Le conjoint du blessé invoquait « la vue d'un être cher et proche, définitivement infirme »). En outre, la victime immédiate ayant survécu, le débat était centré sur la *recevabilité* de l'action civile dont « l'exercice — dit l'arrêt — est un droit exceptionnel ». Cet arrêt est donc étranger au débat qui nous occupe présentement. Au surplus, il déclare irrecevable l'action du conjoint.

bilité de toute action en réparation du préjudice matériel réfléchi le décès de la victime immédiate ? Une telle solution serait non moins critiquable. Elle témoignerait d'une notion excessivement étroite du préjudice matériel réfléchi que l'on ne saurait restreindre au seul cas de l'interruption de subsides fournis sans contrepartie pécuniaire par la victime. La recherche d'une solution implique le dépassement de cette notion étroite du préjudice matériel réfléchi. Une étude sérieuse de la diversité des données de fait s'impose donc.

L'exigence éventuelle du décès ne se présente pas sur le même plan selon qu'il s'agit d'un préjudice matériel ou d'un préjudice moral. Il est donc arbitraire d'envisager le problème globalement à l'instar de certains auteurs (10).

Dans l'hypothèse qui nous occupe présentement, il s'agit exclusivement d'une *question de fait :* Est-il *concrètement* imaginable que, lorsque la victime immédiate survit et est à même d'exiger la réparation de son propre préjudice, des victimes médiates puissent exciper d'un préjudice personnel direct, actuel et certain ? S'agissant de problèmes de pur fait, aussi fuyants que la réalité elle-même, nous ne tenterons pas d'apporter une réponse valable pour l'infinité des actions susceptibles d'être intentées. Du mois, un principe de solution apparaîtrait-il si, au lieu de s'obstiner à considérer le demandeur et sa nature « substantielle » (fiancée, concubine, associé, assureur, passant charitable, etc.), l'on s'attachait à l'analyse des liens économiques entre les patrimoines de la victime et du demandeur, liens que l'accident à créés, resserrés, relâchés, suspendus ou brisés selon les cas. Les auteurs semblent, en général, s'être trop attachés à dresser une « liste d'ayants droit » sans aucun contact concret avec la diversité de l'objet des demandes (11).

13. — Qui dit préjudice matériel, dit préjudice pécuniaire résultant de la modification d'un certain équilibre entre les patrimoines de la victime immédiate et du demandeur par ricochet. Or, les relations économiques entre deux sujets de droit (12) s'ordonnent selon trois schémas tout à fait différents.

(10) Cf. LAMBERT, pp. 55-59 spéc. p. 57.

(11) V. MAZEAUD-TUNC : Etude successive des différents demandeurs abstraction faite de l'objet de la demande ; Adde : LAMBERT. Ex. pp. 77 et s. ; LALOU, DH. 1931, chr. p. 24, § 1 ; MARTY, S. 1931.1.145, col. 2 et s.

(12) Car *il est nécessaire pour qu'il y ait dommage réfléchi qu'il y ait deux patrimoines et deux sujets de droit.* La victime immédiate ne saurait être un objet de droit, tel un cheval de course. La réalité du dommage réfléchi résulte d'un examen objectif des incidences de l'accident sur les rapports entre deux patrimoines : En ce sens, il n'est pas très juridique de placer sur le même plan l'action par ricochet de la concubine et celle qui résulte de la mort d'un cheval de course (*contra* : VOIRIN, DP. 1929.2.171,

Dans un premier cas, l'accident appauvrit le demandeur en lui occasionnant certaines *dépenses* (frais de soins, voyages, etc... engagés par les proches, la fiancée, la concubine, etc.).

Dans un second cas, c'est en bouleversant les *rapports économiques bilatéraux* entretenus précédemment avec la victime immédiate (employé, client, associé, concubin-associé de fait) que l'accident préjudicie aux intérêts pécuniaires du demandeur.

Enfin, dans un troisième cas, le dommage invoqué résulte de ce que l'accident a tari une source de *subsides* dont le demandeur bénéficiait sans contrepartie évaluable en argent. La cause des subsides résidait donc soit dans une intention libérale, soit dans l'exécution d'une obligation naturelle ou civile d'assistance. Ces deux causes sont, au demeurant, souvent réunies cumulativement. Fréquemment, la victime immédiate subvenait volontairement et au-delà de ses obligations légales aux besoins du demandeur. Ce dernier n'avait jamais eu à se prévaloir judiciairement de sa qualité de créancier alimentaire (13).

Dans le premier comme dans le second cas, des dommages matériels réfléchis peuvent naître et présenter les qualités de certitude requises même dans l'hypothèse de simples blessures. Il n'y a pas de différence essentielle entre l'action personnelle d'un père, fondée sur des frais médicaux qui n'ont pu arracher son fils à la mort, et celle qu'il intentera du fait de soins qui contribuèrent à lui conserver son enfant. Il en va de même pour l'action personnelle d'un débiteur de prestations sociales. La considération de la survie ou du décès de l'employé à statut est sans intérêt (juridiquement parlant). Pour ce qui est de l'employeur (ou du créancier) qui invoque un dommage à lui causé par l'incapacité de travail d'un collaborateur (ou d'un débiteur dont le travail constituait l'unique sûreté de sa créance) l'on ne voit pas en quoi son action serait menacée dans son principe par le fait que ledit collaborateur survit misérablement dans un état grabataire (14), bien au contraire (14 bis).

col. 1). Cet auteur ne pouvait certes prévoir les développements récents de la jurisprudence, développements bien peu juridiques également (Civ. 1°, 16 janvier 1962, D. 1962.199, note Rodière. Comp. nos observations, J.C.P. 1968.2.15510 I.A. sous Civ. 2°, 7 avril 1967).

(13) Nous détaillerons les hypothèses concrètement soumises aux juridictions. Signalons d'ores et déjà que nous rencontrerons, des demandeurs ne bénéficiant d'aucune protection légale (ami assisté), bénéficiant d'une obligation naturelle (frère, enfant adultérin de fait avant 1955), d'une créance alimentaire, éventuelle (fils majeur n'étant pas à même, vu sa situation, d'exiger une pension ou bien d'un montant inférieur à l'aide effectivement perçue) etc...

(14) Certes, des problèmes de recours se poseront : Recours contre la succession (dette de la succession) ou bien contre la victime immédiate (faute de la victime).

(14 bis) Le préjudice subi sera généralement supérieur, s'il survit (Prestations indemnitaires plus élevées, préjudice propre, etc...).

III. - *Particularisme de l'Hypothèse des subsides : Nécessité pratique du décès de la victime immédiate.*

14. — En revanche, lorsque le préjudice invoqué résulte de l'interruption de subsides dispensés antérieurement par la victime immédiate, il faut pratiquement exiger le décès de cette dernière (15). En effet, les subsides, indépendants de toute relation économique contractuelle, trouvent leur cause soit dans une intention libérale soit dans une obligation d'assistance. Voyons combien il est difficile d'imaginer un préjudice matériel réfléchi certain, soit que la victime immédiate s'abstienne d'agir, soit qu'elle intente son action.

A - *Premier cas : L'abstention de la victime immédiate.*
victime dans son corps, a rendu exigible une obligation affectée

15. — Si la victime immédiate n'intente pas d'action en responsabilité, tout en restant parfaitement saine d'esprit, il s'agit, le plus souvent, d'une volonté délibérée de ne pas surcharger le responsable (16). Tel est le cas si ce dernier est un ami que ne garantit pas une assurance de responsabilité, spécialement si le blessé a conscience de ce que son propre fait est également à l'origine du dommage (17). Ce peut être également l'hypothèse d'une transaction volontairement (libéralité indirecte) désavantageuse que la victime ne peut plus attaquer « pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion » (article 2052 Code Civil). La jurisprudence refuse, en effet, de considérer comme une « erreur sur l'objet de la contestation » au sens de l'article 2053 du Code Civil celle qui ne porte que sur un élément du préjudice (18) et ne constitue pas l'une des qualités substantielles de l'objet de la contestation (19).

(15) Comp. en ce sens : Flour, Cours 1960-61, p. 781, note 1 (qui précise opportunément que « la question peut se poser pour les créanciers d'une obligation de faire, que la victime directe ne peut exécuter ») et Cours 1964-65, p. 624 ; J. Fossereau, Rev. Tr. Dr. Civ. 1963, p. 10, n° 3. Toutefois, l'on peut rencontrer quelques hypothèses donnant lieu à réparation d'un préjudice matériel réfléchi pour blessures. Comp. J. Cl. Civil, art 1382, Fasc. II, 5e cahier, nos 3 et s. (implicite). Il s'agit certes d'espèces marginales mais non d'hypothèses d'Ecole. Adde en notre sens : Obs. Durry, Rev. Tr. Dr. Civ. 1968, p. 545.

(16) Tel n'est pas le cas si la victime immédiate est partiellement responsable du dommage (faute de la victime).

(17) ...même s'il s'agit d'un fait non fautif (Exemple : il a incité un ami réticent mais sobre à entreprendre une excursion automobile).

(18) Ripert et Boulanger, t. III, n° 2843, note 3 ; Toulemon et Moore, *op. cit.*, p. 93 ; Civ. 8 mars 1948, D. 1948.S.21 ; Civ. 1er décembre 1942, DC. 1943.47, note M. F.

(19) Lorsqu'il y a faute partielle de la victime immédiate ou bien transaction désavantageuse à dessein, le problème des rapports entre l'action personnelle et l'action de la victime immédiate n'est pas en jeu : Il s'agit uniquement de déterminer ici si la victime par ricochet subit un dommage

Dans ces deux exemples, les ressources pécuniaires du blessé ne sont pas reconstituées intégralement. De ce fait, les tiers qu'il assistait ordinairement verront peut-être cette assistance cesser ou diminuer dans son quantum. Subissent-ils ainsi un préjudice personnel s'ils établissent que la diminution de l'assistance résulte exclusivement de la gêne financière causée par l'accident à la victime immédiate et non point, par exemple, d'un relâchement des liens d'affection dûs à une cause différente ? Si l'inaction persistante de la victime immédiate résulte d'une volonte délibérée de ne pas inquiéter le responsable, le dommage invoqué par des tiers assistés bénévolement se révèle hypothétique, tandis que la situation des assistés qui eussent pu exciper d'une créance alimentaire se modifie du tout au tout.

En premier lieu, lorsque la cause des subsides résidait uniquement dans une *intention libérale,* l'absence de certitude du dommage invoqué est évidente. Nous verrons ultérieurement combien il est délicat d'apprécier le pourcentage de chances dont disposait le demandeur de voir se perpétuer la bienveillance d'un défunt. En revanche, si le bienfaiteur n'est que blessé, le dommage invoqué est certainement éventuel et le caractère aléatoire des subsides apparaît *a posteriori* puisque, de son vivant, le bienfaiteur témoigne que le maintien des subsides dépendait uniquement de son bon vouloir.

En second lieu, lorsque la victime par ricochet pouvait se prévaloir d'une *obligation alimentaire,* sa situation se dégrade. Toutefois, divers recours lui restent théoriquement ouverts. Une action dirigée contre l'auteur responsable semble avoir bien peu de chances de succès . En effet, le créancier alimentaire (à supposer que sa créance soit, sinon liquide, du moins exigible) se trouve dans la situation d'un créancier ordinaire qui invoque un préjudice matériel réfléchi, situation le plus souvent envisagée comme une hypothèse d'école, « un cas limite » (20). Le dommage subi par le créancier d'aliments à titre personnel est d'autant plus éventuel que sa créance alimentaire présente des caractères originaux. En effet, la variabilité de cette créance lui impose d'épouser, pour l'avenir, l'état de gêne croissant du débiteur En outre la règle « aliments ne s'arréragent point » (21) limite le quantum du dommage (22).

certain et non point de déterminer si la faute (ou la transaction) de la victime immédiate lui est opposable, *une fois admise* l'existence et la certitude du dommage.

(20) Mazeaud-Tunc, t. I, n° 277-6 (« C'est un cas limite que celui du créancier du *disparu...* », p. 358). Cf. toutefois, *infra,* n° 43.

(21) Marty-Raynaud, t. I, n°s 368 et 383 ; Ripert et Boulanger, t. I, n°s 2058 et 2061 ; Note Jean Pélissier sous Douai, 10 décembre 1963 (D. 1964.458).

(22) Si le créancier alimentaire satisfait aux conditions prévues par l'article 1166 Code Civil, il pourrait s'efforcer d'asurer la reconstitution des ressources de son débiteur en intentant l'action de la victime immédiate, du chef de cette dernière. A vrai dire, ce recours reste très théorique.

Si l'inaction de la victime immédiate est plus ou moins volontaire, il est donc inconcevable concrètement qu'un tiers puisse justifier d'un préjudice direct, actuel et certain, résultant de l'interruption ou de la raréfaction des subsides accordés avant l'accident.

B - *Second cas : L'Action de la victime immédiate.*

16. — L'action en réparation trouve normalement son aboutissement dans l'attribution de dommages-intérêts qui, selon l'intime conviction du juge du fond, constituent la réparation en équivalent pécuniaire du dommage subi (23). Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue le fait que cette compensation suppose la réalisation des autres conditions à la mise en œuvre de la responsabilité civile, c'est-à-dire une faute exclusive du défendeur et un lien de causalité entre cette faute et le préjudice. Aussi, se peut-il que le juge ait, en pleine connaissance de cause, compensé pour partie le dommage ou, même, qu'il ait refusé toute indemnité. Il est également possible que la conviction du juge du fond ait été mal éclairée et que la réparation soit, de ce fait inadéquate au dommage subi. Ces diverses hypothèses sont, au demeurant, susceptibles de se combiner partiellement entre elles, sans que les principes juridiques qui les régissent en soient altérés pour autant. Il importe de distinguer deux types d'espèces concrètes selon que la victime immédiate parvient on ne parvient pas — pour une raison de principe — (24) à obtenir la réparation intégrale de son préjudice corporel.

1°) *La Réparation intégrale est obtenue par le blessé.*

17. — Lorsque la juridiction saisie retient l'entière responsabilité du défendeur, la somme par elle accordée (rente ou capital) constitue l'équivalent pécuniaire exact du dommage matériel subi par le blessé puisque « la balance doit rester très exactement en équilibre » (25). L'autorité absolue de la chose jugée interdit à la victime immédiate de contester ultérieurement l'évaluation. En revanche, la maxime « *Res judicata pro véritate habetur* » ne pourrait être opposée à la victime par ricochet qui ferait valoir contre le tiers responsable que les ressources de la victime immé-

(23) Principe rappelé constamment par la jurisprudence. Cf. par exemple : Civ. 2e, 17 décembre 1958, D. 1960.S.49 ; Crim. 3 novembre 1955, D. 1956.557 ; Civ. 1er, 15 janvier 1957, D. 1957.161.

(24) Et non pour un pur obstacle de fait, telle l'insolvabilité du défendeur. Cette remarque mériterait peut-être d'être nuancée. Toutefois, l'intérêt pratique de la question est évidemment nul, puisque la victime médiate se heurterait au même obstacle.

(25) Mazeaud-Tunc III, n° 2332.

diate restent inférieures à ce qu'elles furent et qu'elle en souffre directement (26).

Toutefois, cette remarque est bien théorique. Un demandeur par ricochet ne se hasarderait jamais à soutenir — serait-ce même exact — que l'évalutation retenue lors de l'action intentée par la victime immédiate était erronée : De fait, les règles de compétence *ratione loci* lui imposeraient presque immanquablement de porter son action devant la même juridiction, situation pour le moins embarrassante (27). Il faut donc admettre que *la situation pécuniaire du blessé est rigoureusement identique à ce qu'elle était avant l'accident. En conséquence, si le blessé met un terme à ses libéralités,* ce ne peut être la conséquence directe de l'accident (28). *C'est là le seul effet de son libre arbitre,* lors-

(26) L'objet et la cause de l'action étant différents, il ne saurait y avoir autorité de chose jugée (article 1351 du Code Civil).

(27) Bien que l'indépendance des actions en matière procédurale permette parfois de saisir une juridiction différente et, plus fréquemment, un tribunal autrement composé.

(28) Négligeons quelques *décisions aberrantes qui réparent deux fois un même préjudice,* le tribunal s'étant laissé égarer par l'absence de conclusions de la défense. Déplorons toutefois la légèreté de certains défenseurs, légèreté qui se manifeste tantôt par des pourvois en cassation dont le coût est disproportionné à l'objet du litige (700 F. sur 4.500 F. : Civ. 15 janvier 1957, S. 1957.135), tantôt par un *manque total de bon sens* : C'est le cas notamment dans l'espèce tranchée par Paris, 26 février 1960, 13e Chambre correctionnelle Denieuil pres., Lefort c/ Gelliot, G.P. 1960.1.234. Lefort (42 ans, aiguilleur à Saint-Lazare) reçoit 120.000 F. car il n'est plus qu'un impotent. Cette somme *devrait* compenser l'IPP du mari et le coût des soins futurs or la Cour alloue également 10.000 F. à l'épouse qui a dû abandonner le logement fourni par la S.N.C.F. (préjudice lié étroitement à l'incapacité du mari) et, persévérant dans l'erreur, elle alloue des indemnités aux quatre enfants (500, 500, 2.000 et 2.000 F.) car : « Il est incontestable que la diminution des ressources familiales... sont des chefs certains, surtout pour les plus jeunes, de dommages découlant directement de l'accident ».

Adde : T.C. Nevers, 31 août 1866 au D.P. 1867.2.197 sous note (confirmé implicitement par Bourges, 23 janvier 1867). Cette décision accorde à la mère d'une jeune fille amputée, à titre personnel, des dommages-intérêts car « elle sera privée dans l'avenir du travail de sa fille ; il en résulte qu'elle a droit, comme sa fille, à des dommages-intérêts. »

Tribunal grande instance Seine, 7 mars 1960. Grospiron, G.P. 1960.1.265. La blessée ayant été indemnisée de « tout son préjudice », le mari n'en obtient pas moins 8.000 F., tenant compte notamment de ce qu'il est « tenu à l'égard de sa femme à un devoir naturel et légal d'assistance d'autant plus impérieux que celle-ci est maintenant diminuée ». Il est bien évident que l'indemnisation de la blessée a déjà réparé ce dommage matériel successif ; il en serait *différemment s'agissant des soins et débours antérieurs à l'attribution d'une indemnité à la victime immédiate.* Il en irait de même si une *concubine blessée* ne pouvait plus rendre de services ménagers. De ce point de vue, un tel préjudice serait indirect et hypothétique si, *après son indemnisation,* la concubine abandonnait son concubin ou interdisait à sa femme de ménage (payée grâce à sa rente d'invalidité) de nettoyer les vêtements du concubin. (Comp. Tr. Gr. Inst. Seine, 23 mai 1967, esp. Vérhille, D. 1968.354, note Voirin et obs. Durry, Rev. Tr. Dr. Civ. 1968.544. L'on ne semble pas avoir relevé que, en l'espèce, la blessée n'avait pas encore été indemnisée).

que, du moins, le blessé a conservé le contrôle effectif de la gestion de son patrimoine. Ce libre arbitre rompt le lien causal.

En effet, si le *blessé* est intégralement indemnisé et que l'accident n'ait aucunement altéré ses facultés mentales, il reste libre de disposer à sa guise de ses biens Si les liens du cœur ou du sang qui unissaient victime immédiate et prétendue victime par ricochet n'ont pas été perturbés par l'accident lui-même, il apparaît *a posteriori* que la situation de pur fait dont bénéficiait l'assisté était instable. Partant, le dommage invoqué est aléatoire. Si le blessé use différemment de ses revenus, la simple modification de son comportement apparaît comme sans lien de causalité directe et nécessaire avec l'accident. Imagine-t-on une cousine âgée se plaindre du fait que son ex-bienfaiteur, ayant frôlé la mort d'un peu près, a décidé de jouir plus ardemment de l'existence et entretient désormais une concubine ? Le lien causal relèverait alors d'une investigation psychologique bien aléatoire (29) qui nierait le libre arbitre de l'homme prétendûment « normal » (30).

18. — En revanche, si l'accident occasionne un état habituel d'imbécillité et si une tutelle est ouverte en conséquence, la volonté du *dément* fait désormais totalement défaut en fait (31). Dès lors, les représentants du majeur en tutelle doivent mettre un terme aux subsides. L'article 510 ancien du Code civil disposait : « Les revenus d'un interdit doivent être essentiellement

De même, le législateur, en prévoyant l'allocation d'une aide du Fonds de Garantie automobile aux « victimes *ou* à leurs ayants-droit » (art. 15 l. 31 déc. 1951) semble avoir témoigné d'un bon sens que la jurisprudence n'a peut-être point respecté. (Cf. Civ. 2e, 18 décembre 1967, D. 1968.426, note Molinier qui rejette le pourvoi contre Paris, 17 mai 1965, rendant opposable au Fonds une condamnation au profit du blessé et une autre au profit de son épouse).

En notre sens, cf. Tr. Gr. Inst. Rochefort, 29 janvier 1960. Guérin c/ Viard, D. 1960.S.87, G.P. 1960.1.200 : « Le droit à indemnité ne peut être admis que pour le préjudice moral (affirmation par ailleurs contestable), le conjoint ne pouvant utilement invoquer comme source d'un préjudice matériel *distinct* le fait qu'il doit donner constamment des soins à la victime ».

Crim. 29 novembre 1966, dame Chattelet c/ Pageau, J.C.P. 1967.2.14979 (Rejet de l'action civile intentée par l'épouse d'un infirme car notamment « la victime poursuit elle-même la réparation... Il n'existe aucun lien de causalité entre la faute et le préjudice allégué » à savoir les sujétions du conjoint eu égard à son devoir d'assistance).

(29) En un sens, il apparaît normal qu'un rentier, même involontaire, poursuive à l'instar des oisifs professionnels ces « distractions » (au sens pascalien) qu'on qualifie de « plaisirs de la vie ».

(30) Il n'appartient pas au juriste civiliste de s'engager dans la voie qui consiste à sonder le conditionnement du psychisme non plus que l'inconscient héréditaire.

(31) La représentation légale s'analyse en une substitution ordonnée par la loi de la volonté du représentant à la volonté du représenté (Ripert et Boulanger, t. II, n° 215).

employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison ». L'article 500 nouveau reprend en la précisant cette idée. Il n'autorise que « l'acquittement des obligations alimentaires ».

Dans une telle espèce, le dommage subi par ricochet semble direct, actuel et certain. En effet, il est, de nos jours, plus rare de rencontrer un mécène qu'une personne dotée des capacités financières lui permettant de dispenser certains bienfaits autour d'elle. L'accident a privé le demandeur par ricochet d'un bienfaiteur, animé à son égard d'une intention libérale stable : Là réside la cause essentielle de son dommage. Peu importe que le patrimoine de ce bienfaiteur soit toujours aussi consistant dès lors que, en dépit de diverses fictions légale (32), il n'est plus effectivement géré par son titulaire.

Cet argument apparaît de prime abord spécieux, voire fallacieux. Toutefois, à bien considérer le fond des choses, c'est là le véritable fondement et la seule justification de l'action personnelle lorsqu'il y a décès du bienfaiteur. En effet, de quoi se plaignent les tiers non héritiers ou les héritiers qui ne retrouvent pas, grâce à l'action successorale, l'équivalent des largesses du *de cujus* (33) sinon de la perte d'un bienfaiteur puisque le patrimoine est reconstitué et que les héritiers poursuivent juridiquement la personne du défunt ? Certes, il faut nuancer cette affirmation car le problème est lié à celui de l'étendue du dommage causé au défunt par sa propre mort (34). Il est évidemment absurde de préconiser une réparation du dommage matériel causé au défunt par sa propre mort, assimilé à une incapacité de 100 % calculée pour la durée normale de la vie, et d'admettre que les héritiers puissent en outre exercer une action personnelle en réparation d'un dommage matériel. Aussi a-t-on songé à « admettre qu'exceptionnellement la qualité héréditaire et la qualité personnelle sont inséparables en l'occurence » et à accorder une I.P. de 100 % à titre héréditaire et rien à titre personnel Cette solution, préconisée par M. Braud (35) nous semble cumuler les inconvénients. Elle ne fait que déplacer le problème : Accueillera-t-on, en outre, l'action personnelle des non-héritiers ou bien celle des héritiers renonçants ? Dans un tel système, on ne pourrait ni rejeter ces actions puisque les demandeurs subissent un dommage certain résultant du fait que le patrimoine du défunt n'est plus géré par celui-ci, ni les accueillir sans contribuer à faire

(32) Ex. : « Représentation » légale ; « Assistance » d'un curateur ; Principe de la continuation de la personne du défunt (en cas d'accident mortel).

(33) Ex. : Petit-fils orphelin adopté en fait par un grand-père doté d'une « belle situation » mais sans fortune acquise. Si l'aïeul décède ab intestat et que cet enfant ait des oncles et des frères et sœurs plus âgés, il ne viendra par représentation à la succession que pour une part modeste.

(34) Sur l'idée implicite d'un système de bascule avec l'étendue du dommage matériel couvert par l'action successorale : Voy. Eismein P., *Le prix d'une espérance de vie*, D. 1962, chr. 154, in fine ; Perret, p. 156.

(35) Braud, note J.C.P. 1956.2.9367, in fine.

payer par le responsable au titre du dommage matériel une somme supérieure aux ressources de la victime. Or, le même préjudice ne saurait être réparé deux fois

C'est pourquoi, dans l'hypothèse du blessé aliéné mental, le préjudice réfléchi subi par les ex-assistés (36) nous semble réparable dans les mêmes conditions que la victime soit ou non décédée. Mort ou aliéné, le bienfaiteur est bel et bien disparu en fait, sinon en droit. La cessation de l'assistance est donc liée directement à l'accident.

19. — En définitive, sauf ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle résultant directement de l'accident (37), toute action personnelle est vouée à l'échec lorsque le blessé a exercé sa propre action et que le tribunal a conclu à l'entière responsabilité du défendeur. En effet, les ressources de la victime immédiate ont été intégralement reconstituées. En revanche, les actions par ricochet sont largement ouvertes en cas de décès, cumulativement avec l'action successorale, parce que l'action successorale ne reconstitue pas les ressources de la victime et que, de plus, la gestion effective des biens est transmise à des personnes physiques nouvelles qui ne sont les « continuateurs » du défunt que par le jeu d'une fiction. Dès lors, sera-t-il aussi vain d'intenter une action par ricochet lorsque le blessé n'a pu obtenir la reconstitution de ses ressources ?

2°) *La réparation intégrale est juridiquement impossible*

20. — Du fait de son inexpérience (transaction désavantageuse avec un assureur), de règles dérogatoires au droit commun (prescriptions abrégées particulières à certains contrats ou conventions limitatives de responsabilité), ou bien plus simplement, par le jeu des principes généraux du droit de la responsabilité civile, le blessé ne peut obtenir la reconstitution de ses ressources. Peut-on, alors, accueillir favorablement l'action personnelle d'un tiers lésé par l'accident ? Un problème voisin suscita récemment de nombreuses études doctrinales à la suite d'une série de décisions contradictoires qui ont imposé en dernier ressort l'arbitrage des Chambres Réunies. Il s'agit de « l'incidence de la faute de la victime sur le droit à réparation de ses ayants cause agissant à titre personnel » (38). Il semble que la considération de la survie

(36) Lorsque l'assisté se trouvait également créancier alimentaire, ainsi que nous l'avons relevé ci-dessus, il peut s'efforcer d'obtenir réparation en tant que créancier (cf. n° 15, in fine).

(37) Il s'agit d'une *pure hypothèse d'école* et nous n'avons trouvé aucune trace de telles demandes en justice.

(38) J. Fossereau, Rev. Tr. Dr. Civ. 1963, p. 7 et s. ; Ch. Réunies, 25 novembre 1964, D. 1964.733, J.C.P. 1964.2.13972. Cf. *infra* à ce sujet, n°s 63 (notes 28 et 29) et 252.

ou du décès de la victime immédiate ne doive aucunement influer sur la solution à retenir, en matière d'opposabilité de la faute de la victime à l'action des demandeurs par ricochet

21. — Outre cette fréquente hypothèse d'impossibilité juridique d'obtenir une réparation intégrale, il importe de signaler un cas curieux mais marginal. Parfois la victime immédiate est décédée du fait de l'accident. Toutefois une fiction juridique lie le juge qui disqualifie les faits et feint d'ignorer qu'il y a décès et non point blessures. Le demandeur par ricochet invoque, alors un préjudice réfléchi matériel ou moral pour décès sous le couvert d'un préjudice réfléchi pour blessures. Il s'agit d'une *véritable action fictice*. Tel est notamment le cas lorsque, à la suite d'un acquittement pour homicide, une nouvelle juridiction s'indigne de voir le coupable échapper à toute sanction même civile, et s'efforce d'établir l'existence d'une faute distincte (39). Nous n'en voulons pour exemple que la motivation cinglante et entachée d'humour noir d'un jugement rendu par le tribunal civil de la Seine le 12 décembre 1956 (40). En l'espèce, un commissaire et deux inspecteurs de police avaient été acquittés du chef de coups mortels volontaires sur la personne de Grange, brocanteur soupçonné de recéler une montre volée (Cour d'assises de la Gironde 30 avril 1954). La veuve intente une nouvelle action et le Tribunal de la Seine dégage une faute et un préjudice différents de ceux à propos desquels avait statué la Cour d'assises : « Mû par un sentiment d'émulation et entraînés par leur zèle, les trois policiers ont, en serrant de trop près (sic) l'homme interrogé, commis des maladresses (sic) et provoqué des blessures qui ont été constatées ». Le jugement ordonne la réparation du « préjudice que, par leur faute, ils ont causé » à la veuve sans distinguer, d'ailleurs, l'élément matériel de l'élément moral. La fonction répressive de l'indemnisation civile est ici évidente : La juridiction civile s'efforce de compenser la coupable indulgence du Parquet et la pusillanimité des jurés en cas d'infractions commises par les membres des services de police (41).

22. — Somme toute, une imagination exacerbée, cette « maîtresse d'erreur et de fausseté » selon Pascal, est nécessaire à qui recherche une hypothèse *concrète* vraisemblable dans laquelle un

(39) Comp. cependant Crim. 26 mars 1885. Maubert B. 157, n° 99 qui casse l'arrêt d'une Cour d'assises affirmant que le défendeur, acquitté, était « l'auteur d'une blessure qui a occasionné la mort ». Cette contradiction, justement sanctionnée en l'espèce, peut s'expliquer par le fait que, à l'époque, le jury et la Cour étaient moins étroitement associés dans la procédure de jugement.

(40) T.C. Seine (1re Ch.), 12 décembre 1956, Vve Grange c/ Benquet, J.C.P. 1957.2.9694.

(41) Comp. Lyon, 15 janvier 1951, G.P. 1951.1.149, D. 1951.S.33. Espèce analogue mais concernant exclusivement le dommage moral.

dommage matériel réfléchi direct, actuel et certain résulte de l'interruption des subsides en cas de survie du bienfaiteur, victime immédiate de l'accident corporel. En revanche le décès ou la survie de la victime immédiate est une circonstance juridiquement (sinon humainement) rigoureusement indifférente lorsque le préjudice matériel réfléchi invoqué résulte soit de débours imposés par l'accident, soit de perturbations apportées aux relations économiques qui existaient précédemment entre victime immédiate et demandeur par ricochet. *L'hypothèse spéciale à l'interruption des subsides s'oppose donc, dans cette mesure, aux autres types de rapports patrimoniaux qu'a établis, modifiés ou supprimés l'accident :* d'où un premier intérêt à scinder ainsi notre étude (42).

23. — Outre le fait que la démarche de l'esprit, lorsqu'elle se dirige du général vers le particulier, est plus satisfaisante pour l'analyse des problèmes et l'exposé de leurs solutions, il est nécessaire d'étudier successivement les hypothèses communes à la survie et au décès et l'hypothèse spéciale des subsides propre au décès. Deux raisons complémentaires qui affectent le fond du problème nous l'imposent d'ailleurs.

D'une part, diverses demandes en justice sont considérées par les auteurs comme des hypothèses d'école (employeur, associé, créancier). Or, les exemples jurisprudentiels ne manquent point. De plus, il faut étudier en eux-mêmes et pour eux-mêmes divers chefs de préjudice (soins, frais engagés etc...) et réagir ainsi contre une tendance doctrinale constante à les absorber dans la question dite de la «liste des ayants droit » tout en ignorant la réalité concrète, à savoir le type de préjudice pécuniaire subi par cet « ayant-droit » (43).

D'autre part, et ceci rejoint la remarque qui précède, controverses doctrinales et revirements jurisprudentiels se concentrent, souvent abusivement, sur l'hypothèse spéciale de l'interruption des subsides, précédemment accordés en nature (vie commune, cadeaux fréquents) ou en numéraire ou bien encore de la privation d'une chance d'obtenir de tels subsides en cas de besoin, revers de fortune ou inéluctable vieillesse (espoir d'aide ultérieure).

(42) Certes, il ne s'agit là que de purs éléments de faits relatifs à la certitude du dommage. La question de la réparation du préjudice moral réfléchi en cas de survie posera, quant à elle, une difficulté de principe (cf. *infra*, n°s 204 et s.).

(43) Comment envisager utilement sous une même rubrique (concubine par ex.) les diverses actions qui se fondent sur l'interruption des subsides, le remboursement des frais médicaux, la disparition d'un associé de fait ? (*Contra* : Perret, qui étudie séparément la détermination des ayants-droit, p. 123 et 128, et l'objet de l'action, p. 109-120 ; Morel, *op. cit.*, p. 33 à 40 ; Mazeaud-Tunc, L'action des créanciers et fournisseurs, n° 277-6, étant étudiée après celle de la fiancée et avant celle de la concubine ; Lambert, *op. cit.*, p. 66 à 68 ; Marty, note préc. S. 1931.1.148, col. 2 et s.).

Il résulte de ces considérations l'impérieuse nécessité de disséquer les problèmes concrets tout en conservant présente à l'esprit une idée-force : Le problème juridique de fond est identique et, *mutatis mutandis, les solutions admises pour l'interruption des subsides devraient être compatibles avec celles que l'on retient, sans débats le plus souvent, dans les autres hypothèses de dommage matériel par ricochet.*

— Chapitre I. — Des chefs de préjudice communs à la survie et au décès de la victime immédiate.

— Chapitre II. — Du préjudice spécial au cas de décès · Interruption des subsides ou perte de tout espoir d'assistance.

CHAPITRE I

DES CHEFS DE PREJUDICE COMMUNS A LA SURVIE ET AU DECES DE LA VICTIME IMMEDIATE

24. — Il est nécessaire d'évoquer ces préjudices afin de les distinguer du cas de la privation de subsides reçus de la victime immédiate, et de replacer ainsi cette hypothèse dans un cadre plus général. Cependant, l'analyste ne peut se défendre d'un sentiment de gêne dû tant à la multiplicité des catégories de dommage qu'à la diversité des intérêts pratiques ou théoriques qu'elles soulèvent.

Certains problèmes sont « fossilisés » (action personnelle de l'assureur). D'autres n'ont jamais intéressé quiconque (frais pharmaceutiques). Certains problèmes, passionnément controversés, sont peut-être des hypothèses d'école (1). D'autres, en revanche, concentrent les controverses doctrinales les plus élevées, les études pratiques les plus terre à terre, la jurisprudence la plus abondante, la réglementation la plus complexe et la plus tâtillonne (action des débiteurs de pensions, etc...).

Peut-être est-il possible d'éclaircir cette question et de lui donner une certaine unité. Deux idées la gouvernent. D'une part, les problèmes essentiels ne concernent pas le dommage proprement dit. L'existence du dommage, souvent évidente (débours), résulte usuellement de l'exécution d'une obligation munie de sanctions civiles voire pénales (droit du travail, etc...). L'analyse de la chaîne causale constitue la difficulté majeure. D'autre part, la force de la solidarité familiale se manifeste déjà en ce domaine : Selon que le demandeur est ou non un proche de la victime

(1) Ex. des critiques adressées par M. Esmein (J.C.P. 1964.2.13734, 6° col. et D. 1964, chron. préc. p. 211, n° 21) à MM. Mazeaud qui, selon cet auteur, « ne citent aucune décision » (à propos de l'action de l'employeur). Mais, cf. *infra*, n° 44, les décisions que nous avons recensées.

immédiate, la jurisprudence apprécie avec plus ou moins de rigueur le caractère direct du préjudice allégué.

Ces deux idées sous-tendent la jurisprudence pour les deux types de préjudice matériel réfléchi communs à la survie ou au décès de la victime immédiate, à savoir les débours résultant de l'accident (Section I) et l'interruption (ou la suspension) de rapports économiques plus complexes (Section II).

SECTION I

DES DEBOURS EFFECTUES PAR LE DEMANDEUR DU FAIT DE L'ACCIDENT

Tantôt les débours découlent d'une obligation civile antérieure dont l'accident, dû à la faute du défendeur, a déclenché automatiquement l'exécution. Tantôt ils ont été engagés « normalement » par le demandeur en vertu d'une obligation entendue au sens vague de devoir juridique ou moral (funérailles, etc...). Paradoxalement, c'est dans le second cas que le caractère direct du préjudice est le moins contesté... car le demandeur est alors, en règle générale, une personne physique proche de la victime immédiate. Le juge envisage plus favorablement les recours fondés sur l'idée traditionnelle de solidarité familiale que ceux qui se fondent sur l'idée moderne de garantie des revenus en cas d'accident corporel.

§ 1. — L'HYPOTHESE MODERNE : LA GARANTIE DES REVENUS DE LA VICTIME.

25. — Il est usuel d'envisager cette question du seul point de vue de la victime immédiate : Problème dit du « préjudice réparable à plusieurs titres » ou du « cumul des indemnités » (2). Si l'on refuse au débiteur le droit d'intenter l'action de la victime afin de recouvrer ses débours, la victime immédiate cumule prestations et dommages-intérêts.

En revanche, lorsque le débiteur recouvre les prestations versées, le cumul par la victime immédiate est doublement limité, compte tenu, d'une part, des prestations reçues et, d'autre part, des dommages-intérêts du droit commun. Quant au débiteur des

(2) B.G. : Mazeaud-Tunc, éd. 1965, t. I, n° 232 à 270 et p. 291 à 355 ; Mazeaud II, n° 413 à 416 ; Savatier, t. II, n° 585 à 589, p. 157 à 163 ; Rodière, n° 1648 et s. ; Flour, Cours préc., Lic. 2. 1965, p. 638 à 644.

prestations, il ne subit, en principe, aucun préjudice résultant du fait des débours (2 bis).

Envisageons plutôt le problème du point de vue du débiteur : Peut-il arguer du préjudice personnel que lui cause par répercussion le fait générateur de responsabilité qui, en atteignant la victime dans son corps, a rendu exigible une obligation affectée d'un terme incertain (assurance-vie) ou d'une condition suspensive (pension de réversibilité, I.P.P.) et a, en outre, anéanti la contrepartie de cette dette (primes d'assurance, activité professionnelle du salarié...) ? Un tel préjudice est-il réparable ? Subsidiairement, la possibilité d'agir par la voie subrogatoire interdit-elle d'opter pour l'action personnelle ? L'objet de notre étude est uniquement l'action intentée par ricochet (3).

Abstraction faite de toute réglementation spéciale, le problème se présente différemment selon que la garantie de la victime immédiate constituait l'essentiel (assurance) ou l'accessoire (prestations dites sociales) de ses rapports avec le débiteur de prestations.

I. - *L'assureur.*

26. — L'assurance constitue, économiquement, une entreprise de compensation scientifique des risques. Mais, tout contrat d'assurance pris isolément est juridiquement aléatoire (4). L'assureur prend à sa charge un risque qui pèse sur l'assuré moyennant une contrepartie (prime ou cotisation). La couverture de ce risque et la volonté de l'assumer moyennant une rémunération forfaitaire sont de l'essence même du contrat d'assurance. C'est pourquoi le refus de toute action personnelle à l'assureur s'impose.

D'une part, les organismes professionnels n'allèguent même pas que leurs statisticiens aient tenu compte de la possibilité d'un tel recours dans le calcul des primes nécessaires à leur équilibre financier (5). Du point de vue de l'assureur, l'accident est un aléa accepté en tant que tel.

D'autre part, l'assuré a recherché volontairement et directement une garantie contre un risque déterminé. De son point de vue, le contrat est un acte de prévoyance. Point n'est besoin

(2 bis) A moins que ces derniers n'excèdent l'indemnité due aux termes de l'art. 1382, C. Civ. (Faute de la victime par ex.).

(3) Les problèmes sont en fait intimement liés (Comp. MAZEAUD-TUNC, n° 232 et FLOUR préc, p. 638).

(4) MAZEAUD, Leçons III, p. 1204, n° 1529 ; RIPERT et BOULANGER III, n° 2341, p. 766. Comp. Aix, 28 juin 1955, Wollbrett c/ Veuve Martin, G.P. 1955.2.169 : ...« si les résultats des statistiques permettent de déterminer de façon précise la durée moyenne de la vie humaine..., de telles données ne sauraient faire disparaître le caractère aléatoire d'un contrat isolé. *longueur toujours incertaine de la vie d'une personne désignée* » (à propos d'une vente aléatoire).

(5) En ce sens, MAZEAUD-TUNC, n° 253, note 1 bis.

d'alléguer le caractère indirect du préjudice (6), argument d'ailleurs contestable. Il suffit de constater que *le dommage est inexistant*. Sur un plan global, certains auteurs relèvent que l'ensemble des opérations d'assurance est bénéficiaire (7). Moralement, l'argument est puissant. Juridiquement, il suffit de constater que chaque contrat est aléatoire. Partant, le fait générateur de responsabilité est ressenti comme un pur aléa et non comme une faute préjudiciable à l'assureur. La jurisprudence est en ce sens (8).

Par ailleurs, l'on pourrait concevoir que, dans les rapports assuré-assureur, l'assureur soit subrogé à son client. Or, précisément, « dans l'assurance de personnes, l'assureur, après payement de la somme assurée ne peut être subrogé aux droits du contractant ou du bénéficiaire contre des tiers à raison du sinistre » (art. 55 loi du 13 juillet 1930). La réglementation de l'assurance de dommages est contraire (Articles 30 § 3 et 36 loi du 13 juillet 1930). Cette assurance constitue un simple « contrat d'indemnité » (art. 28). Les clauses par lesquelles l'assureur renonce à la subrogation de l'article 36 sont rarissimes et s'interprètent restrictivement (9).

En résumé, l'assureur de dommages dispose d'un recours à due concurrence de l'indemnité d'assurance. Cette dernière ne peut excéder la valeur réelle de la chose assurée. Au contraire, dans l'assurance de personnes, l'assuré débat librement le montant du risque assuré (art. 55) et cumule cette somme avec l'indemnisation due par l'auteur du fait dommageable. Le désir de permettre, en pratique une « sur-réparation » de l'accident corporel est évident. Au demeurant, les solutions sont certaines. Le débat revêt donc un caractère académique et historique (10).

II. - *Les débiteurs « sociaux ».*

27. — A la différence de l'assureur, ces débiteurs garantissent la victime contre le risque d'invalidité ou de décès à titre accessoire et dans le cadre de rapports sociaux ou professionnels

(6) B. G. : Voy. Mazeaud-Tunc, n° 252 et les opinions citées en note 2.

(7) En ce sens, Mazeaud-Tunc, n° 252, 2e alinéa, p. 308.

(8) P. ex., Crim. 8 juillet 1958, Gentili, Rev. gén. Ass. Terr. 1958, p. 390, note A. B., G.P. 1958.2.227. « La Cie... n'a souffert aucun dommage résultant directement du vol qualifié... ; le dommage qu'elle invoque est la conséquence, non de ces crimes, mais du contrat d'assurance ». Comp. Civ. 14 mai 1934, D. 1934.1.59 (« ...risques prévus, évalués et acceptés par les parties »). Adde : Conseil d'Etat, 27 avril 1966, Comm. de St-Michel, Bulletin Droit Administratif 1966, n° 189, Req. 60.572.

(9) Ancey et Sicot, *La loi sur le contrat d'assurance*, 3e éd., p. 175 ; Mazeaud-Tunc I, n° 247, in fine ; Civ. 8 mai 1962, Rev. Gén. Ass. Terr. 1963.195.

(10) Cf. Exposé essentiellement historique dans D. de Barthes de Montfort, *Nature et Fondement du recours contre le tiers responsable du débiteur de prestations dues à la victime*, Th. 1964, p. 7 à 32 ; Comp. G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Th. 1964, n° 19 et n° 94.

complexes. Toute idée de spéculation en est exclue (11) Aucun des intéressés n'escompte un bénéfice de *l'accident*. Ce dernier *nuit fréquemment à l'un* (blessé : indemnisation forfaitaire) *comme à l'autre* (frais généraux de l'employeur, etc...).

Les hypothèses les plus fréquentes concernent les institutions légales, statutaires ou conventionnelles qui régularisent dans le temps les ressources des travailleurs actifs (12), impotents ou retraités. Les modes de financements varient et s'enchevêtrent : assurance-mutuelle forcée, épargne forcée, salaire différé, prise en charge partielle par la collectivité nationale (« déficit » de la Sécurité Sociale), etc... La multitude des études doctrinales et des décisions jurisprudentielles défie l'entendement. Les spécialistes renoncent à en dresser une bibliographie (13). Les études les plus savantes ne peuvent d'ailleurs rendre compte d'un droit positif instable et essentiellement réglementaire.

D'une part, en effet, cette question a donné lieu aux controverses les plus élevées. Ont été, sinon élucidées, du moins utilisées les notions de cause (14), de salaire différé et de contrepartie dans le contrat de travail (15), de garantie sociale et d'incompatibilité avec la vieille responsabilité individuelle (16), de libéralité (sic) patronale (17), de dette de reconnaissance de l'employeur (18), de victime se créant son propre titre à indemnité

(11) Comp. SAVATIER, D. 1962, chron. III. A., p. 175 (« Les assureurs de personnes font bande à part dans la foule des débiteurs de réparation »).

(12) Orientation fondamentale du monde du travail contemporain (B.G. Camerlynck et Lyon-Caen, Droit du Travail, 1965, n° 558, etc...).

(13) MAZEAUD-TUNC I., n° 267, note 1, de Mlle G. Viney, in fine.

(14) *L'accident est-il la « cause » des débours ou simplement « l'occasion »*, la cause résidant dans le statut ?

a) *1re opinion* : Majorité de la doctrine. WATTINE, rapp. Paris, 26 novembre 1926, G.P. 1926.2.641 ; MAZEAUD-TUNC I, n° 268.5, p. 339 ; DUPEYROUX, D. 1961, chron. 43, col. 2 ; FLOUR, cours préc., p. 670 ; L. MAZEAUD, note au D. 1961, p. 21, col. 2, in fine ; Concl. av. gen. Lindon, D. 1961.4, col. 1 ; BREDIN, notes J.C.P. 1961.2.12126 et D. 1965, p. 150, chron. J.C.P 1960.1.1584 ; BRUN, note D. 1961.373 ; BRUNET, note J.C.P. 1958.2.10633 ; SAVATIER, t. II, n° 585.

b) *2e opinion* : essentiellement représentée par MM. P. ESMEIN (note au S. 1930.2.17, ...note J.C.P. 1964.2.13734, col 3 4°) et JULLIOT de la MORANDIÈRE (D. 1958, chron. 179 ; D. 1961, chron. 125). *Adde* : G. VINEY, *op. cit.*, n° 69, p. 67 ; M. DAHAN, *Sécurité sociale et responsabilité*, Th. 1963, n° 448 et s. ; D. DURIN, *Des recours des Caisses de Sécurité Sociale en matière d'accidents*, Th. 1962, p. 51, note 12 ; de BARTHES de MONTFORT, *op. cit.*, p. 125 et s. ; LAMBERT, *op. cit.*, p. 162.

(15) Voy. p. ex. DUPEYROUX D. 1961, chron. préc. 41 I.C. : Caractère indemnitaire du maintien du salaire pendant l'inactivité ou bien « synallagmatisme installé dans la durée : ...contrepartie de la vie professionnelle » ?

(16) Voy. p. ex. RODIÈRE, Addendum n° 1651 bis, p. 331 (de lege ferenda : limiter certains recours à l'hypothèse d'une faute prouvée).

(17) Voy. la critique définitive de cet argument par l'avocat général Lindon (D. 1961.II, p. 2 et IV, p. 3, col. 1).

(18) JULLIOT de la MORANDIÈRE, D. 1962, chr. D. c., p. 131 (obligation naturelle novée) ; Civ. 2 janvier 1924, D.H. 1924.106.

(19), d'assurance (20), voire de collusion entre le Pouvoir Judiciaire et la Rue de Rivoli (21).

D'autre part, cette question témoigne moins, d'un « déclin de la responsabilité individuelle » que du déclin du Droit : L'on vit jadis des litiges, minimes par leur quotité, donner lieu à de « grands » arrêts (par exemple : Ch. Réunies, 11 mars 1914, C. de Manigod, D.P. 1914.1.257) L'on voit aujourd'hui la Cour suprême saisie de futilités sans qu'elle y puise, pour autant, l'occasion de préciser sa doctrine. A la limite, la Cour Suprême devra se prononcer à l'occasion de chaque prestation prévue par chaque statut (22).

C'est pourquoi, faute de pouvoir en suivre la mouvante actualité, nous nous bornerons à retracer les grandes lignes du débat. En revanche, nous nous efforcerons de situer le problème du dommage matériel réfléchi subi par les débiteurs de prestations dans un cadre plus général. La multiplication des études spécialisées ne rend peut-être pas cet effort aussi vain que l'on pourrait le croire de prime abord : La Théorie Juridique s'enrichit peu par des casuistiques étroitement réglementaires.

28. — Trois observations liminaires s'imposent.

En premier lieu, ce type de difficultés concerne uniquement le préjudice patrimonial. En effet, les prestations dont il s'agit, sont destinées à couvrir, plus ou moins parfaitement, le seul préjudice corporel directement évaluable en monnaie. Les institutions sociales (23) de garantie ne s'attachent pas à compenser le préjudice extra-patrimonial, qu'il s'agisse du *pretium affectionis* ou du *pretium doloris stricto sensu*. Bien plus, ces institutions cherchent à se faire rembourser des secours patrimoniaux accordés à la victime immédiate en prélevant, à leur profit, les indemnités « compensatrices » du préjudice extra-patrimonial (24). Est-ce seulement dans un dessein d'économie ? N'y a-t-il pas là un corollaire inconscient de l'idée de peine privée : Frapper le responsable importerait plus que « réparer » le dommage subi par la victime ?

(19) Comp. ESMEIN, note au S. 1930.2.17.

(20) Thèse contestable de MM. de BARTHES de MONTFORT, *op. cit.*, et P. ESMEIN, J.C.P. 1964.2.13734 préc., 5e col.

(21) « *Jugement pour ami* » selon M. ESMEIN, note J.C.P. 1965.2.14049, in fine.

(22) Pour reprendre l'expression du Pr. TUNC (Avant-Propos, 6e éd.), voy. le « gaspillage d'énergie » représenté par les supputations de l'annotateur in MAZEAUD-TUNC, n° 268-7, note 9, p. 352.

(23) Quant à l'assureur de personnes, il assure, moyennant des primes proportionnées, le capital souhaité. Toutefois, les polices prévoient fréquemment qu'en cas de blessures, le capital maximum assuré sera multiplié par le taux de l'I.P.P.

(24) En cas de partage de responsabilité, l'indemnité allouée pour les préjudices matériels réparés partiellement par la Sécurité sociale est parfois insuffisante. Voy. sur cette question : MAZEAUD-TUNC I, n° 267-7 à 267-11.

En second lieu, quoique la victime immédiate dispose d'une foule de débiteurs et de garants, elle ne peut obtenir une « sur-compensation » de son préjudice.

Enfin, les hypothèses codifiées se multiplient. La tendance législative consiste à interdire les cumuls au profit de la victime immédiate en imposant à cette dernière de céder son action à son débiteur de prestations (voie dite « subrogatoire »). En revanche, le courant jurisprudentiel dominant consiste à indemniser le tiers à titre personnel. Le domaine de cette jurisprudence constitue le principe mais il est enchâssé dans un dédale d'hypothèses codifiées de façon plus ou moins cohérente Ce domaine rétrécit tel une peau de chagrin et la mise en œuvre des principes en est d'autant plus délicate.

1°) *Le droit commun.*

29. — Depuis une dizaine d'années, un problème important en pratique (25) mais combien spécial, celui du recours des grands services publics industriels et commerciaux (charges patronales et maintien du salaire) absorbe l'essentiel des débats doctrinaux. Artificiellement isolé (26) du reste du droit civil, ce recours n'est pourtant qu'un exemple de préjudice réfléchi parmi tant d'autres. Au demeurant, les solutions contemporaines s'insèrent fort bien dans le cadre de la *jurisprudence traditionnelle en matière de pensions* avant la loi de 1948. A défaut de textes spéciaux, cette jurisprudence *conserve tout son intérêt* (27).

Arrêt de Principe : Ch. Réunies, 27 avril 1959, C.S.S. Paris c/ Cesbron, G.P. 1959.2.5, J.C.P. 1959.2.11176, note J.B., D. 1959.345, note Esmein et les études de MM. Tunc, J.C.P. 1959.I.1520 et Esmein, G.P. 1959.2, doctrine, p. 1 : « ...A. que le § 3 du même article (— 68 loi 30.10.1946, 470 C.S.S.), admet lesdites caisses à poursuivre le remboursement des indemnités mises à leur charge à due concurrence de l'indemnité mise à la charge du tiers ; A. que l'art. 68, § 3 ne faisant aucune distinction entre les éléments matériels ou moraux du préjudice qu'elle a pour objet de réparer, l'indemnité mise à la charge du tiers, même réduite en raison du partage des responsabilités, doit être intégralement affectée, à due concurrence, au remboursement des dépenses effectuées par les caisses, par suite de leurs obligations légales ».

Résistances récentes... voy. Paris, 29 juin 1965, Auribault c/ Dijoux, J.C.P. 1965.2.14296, mais maintien par Soc. 6 juillet 1967, Grenesche, D. 1968, S. 3 et Crim. 8 décembre 1966, D. 1967.98, note G. P. Voy. les développements consacrés par M. Dahan (*op. cit.*, n° 296) à « l'hostilité à l'égard du préjudice moral ».

(25) Voy. le détail des chiffres cités par M. Dupeyroux au D. 1961, chr. 35 préc., note 8 (Total des charges accessoires aux salaires versés par E.D.F. : 60 % environ).

(26) L'historique du problème est généralement trop négligé (cf. p. ex : Esmein, note préc., J.C.P. 1964.2.13734, in fine : ...« *précédent* qui risque de supprimer toute limite à l'extension du champ de la responsabilité »).

(27) En ce sens : Flour, Cours préc. II, 1964-65, p. 670, 4e alinéa ; Comp. Mazeaud-Tunc I, éd. 1965, n° 268-6, p. 350 et 5e éd., n° 268-5, p. 339.

Du point de vue de la victime immédiate, le cumul complémentaire est possible : Il y a là une garantie supplémentaire d'indemnisation (28). Mais le cumul pur et simple est impossible car, précisément, ces prestations ont un but indemnitaire. En outre, l'on ne peut les assimiler aux primes d'une assurance forcée vu l'absence de contrepartie directe à la garantie escomptée et le défaut d'intention spéculative d'autre part

La Chambre Civile affirme depuis longtemps que la « réparation doit toujours être intégralement assurée sans pouvoir jamais être dépassée » (29) et accorde un recours au tiers responsable contre la victime en cas de trop perçu (30). Des textes de plus en plus généraux ont confirmé la jurisprudence de la Chambre Civile. Ils se prononcent tous contre le cumul jadis admis par la Chambre Criminelle en matière de pension (31).

30. — Réciproquement, du point de vue du débiteur de prestations, le principe consiste dans l'action dite directe, c'est-à-dire la réparation d'un préjudice matériel réfléchi, direct actuel et certain. L'on s'étonne que l'on ait pu contester le caractère direct du préjudice puisque le fait générateur de responsabilité a causé le dommage corporel lequel a *ipso jure* rendu liquide et exigible la dette... Rien n'interrompt ici la chaîne causale. Autant affirmer que le fait de presser la détente qui libère la gâchette n'est pas la cause du coup de feu. Des arrêts anciens de la Chambre Civile rendus en matière de pension (32) aux arrêts récents rendus par l'Assemblée plénière Civile (33), la filiation est certaine : Lorsque

(28) Possibilite d'obtenir une réparation intégrale lorsque les prestations dues sont inférieures au dommage subi (solution traditionnelle et de bon sens, consacrée par divers textes. L'application n'en est pas simple pour autant : Voy. p. ex. MAZEAUD-TUNC I, éd. 1965, n° 259-2 à 259-5).

(29) Civ. 14 mai 1923, Vve Padagoy, Gaz. Trib. 1924.1.279.

(30) Civ. 7 janv. 1924, D.H. 1924.106.

(31) Sur ce conflit de jurisprudence bien connu, voy. MAZEAUD, 4e éd., n° 268 ; FLOUR, Rev. Crit. préc. 1938 III.2 ; PERRET, p. 60 à 78 ; DOBY, Th. Paris 1931 préc. ; DOMERGUE, Th. préc., p. 62 à 71. En dernier lieu : Crim. 17 janvier 1946, J.C.P. 1946.2.3076.

(32) P. ex. Civ. 14 mars 1934, D.P. 1934.1.59 : « ...Sans qu'on puisse assimiler les obligations de l'Etat envers ses agents à celles dérivant du jeu normal des risques prévus, évalués et acceptés par les parties dans un contrat d'assurance, il est certain que c'est la faute imputable à D. qui a eu pour conséquence de substituer une dette immédiatement exigible à l'obligation simplement conditionnelle existant auparavant ». Adde : Soc. rej. 19 décembre 1966, J.C.P. 1967.IV.13 (employeur privé mais formule voisine).

(33) Ass. Plén. Civ. 30 juin 1960, 2 arrêts, D. 1961.1, concl. Lindon : « ...E.D.F. ne peut éventuellement obtenir la réparation d'un dommage subi par lui-même qu'à la condition de rapporter la preuve d'une relation de cause à effet entre ce dommage et la faute retenue à la charge du tiers responsable ». Comme l'avait prévu M. Léon MAZEAUD (note préc. D. 1961.21, in fine), faute d'affirmer clairement que « toutes les charges que l'accident fait peser sur l'établissement public sont en relation nécessaire de causa-

« les débours se rattachent à l'accident par un lien direct et certain de causalité », la réparation en incombe au tiers responsable. Tel est le cas notamment des charges patronales versées pendant l'inactivité du blessé, le patron étant privé du travail de l'employé, contrepartie normale de ces débours (Ass. Plén. Civ. 30 avril 1964).

Par ailleurs, le débiteur de prestations dispose parfois d'une action subrogatoire. Etant donné qu'il ne s'agit pas d'un cas de subrogation légale, visé par l'article 1251 C. Civ. (34), cette voie n'est ouverte qu'en vertu d'un texte spécial, d'une clause expresse du contrat de travail ou d'une convention collective, etc... Lorsque la voie subrogatoire est ouverte, le recours du débiteur s'étend au remboursement de toutes « les prestations présentant un caractère indemnitaire, qu'il a versées à l'occasion de l'accident » (35).

Toutefois, le recours à l'action personnelle est plus commode à un double point de vue : D'une part, la notion de prestation indemnitaire est imprécise (36) et bien moins compréhensive que celle de débours obligatoire. D'autre part, en cas de partage de responsabilité, le recours à l'action directe serait avantageux... à moins que l'on n'oppose la faute de la victime immédiate à la victime du dommage réfléchi (36 bis). En l'absence de texte,

lité avec la faute du tiers responsable », l'Assemblée plénière perpétua l'incertitude.

Les arrêts du 30 avril 1964 devraient « clore la controverse si la doctrine ne tente d'en prolonger vainement l'écho » (Bredin, note au D. 1965.150). Cf. Ass. Plén. Civ. 30 avril 1964, 2 arrêts, J.C.P. 1964.2.13734, note Esmein, D. 1965.149, note Bredin, Droit Social 1965.60, note Jambu-Merlin : Cotisations obligatoires or, pendant l'inactivité du blessé, « la S.N.C.F. avait acquitté ces prestations, bien qu'elle n'ait pas bénéficié du travail de son agent, qui en était la contrepartie. De ces constatations, les juges du fond ont pu déduire que ces débours se rattachaient à l'accident par un *lien direct et certain de causalité* ».

(34) En ce sens : Mazeaud-Tunc, éd. 1965, n° 271-2, note 4, p. 358 ; Julliot de la Morandière, D. 1961, chr. p. 125, col. 2.

(35) Assembl. plén. Civ. 30 juin 1960 préc. Les conclusions de l'avocat général Lindon éclairent ce motif de principe : « Le système qui repousse le recours de l'entreprise... a d'abord un inconvénient juridique, celui, en refusant la subrogation, de ne pas reconnaître aux indemnités statutaires le caractère indemnitaire qu'elles ont le plus souvent. Mais, en outre, il a un autre inconvénient pratique très grand... La victime, de toute façon, conserve en plus de la réparation qu'elle doit obtenir, le cas échéant du tiers, le montant des prestations statutaires. Et alors voici les deux résultats possibles : Si le tiers est condamné à une réparation destinée à couvrir le préjudice de la victime sans tenir compte des prestations statutaires, la victime reçoit au total plus que le montant de son préjudice ; ...Au contraire, si la réparation tient compte des prestations statutaires,... le tiers se trouve verser ainsi moins que le préjudice ». (D. 1961, p. 3 V. col. 2, in fine).

(36) B. G. : Cf. liste dressée par M. Meurisse (note S. 1961.4.III) des prestations indemnitaires.

(36 bis) Comp. Savatier, note au D. 1956.724.III. Cf. *infra*, n°s 63 (notes 28 et 29) et 252, pour la critique d'une jurisprudence des Chambres Réunies fixée dans l'ignorance de l'état de droit antérieur.

l'option pour la voie directe reste possible. Le tiers ne paie pas plus que le préjudice causé. Ceci ne ruine donc pas l'économie du système (37).

2°) *Le domaine du droit commun.*

31. — La majorité des débiteurs de prestations est constituée par des collectivités publiques (Etat, etc...), des services publics industriels et commerciaux (E.D.F., S.N.C.F., ...), ou des organismes de droit privé assurant une mission de service public grâce à des prérogatives exorbitantes du droit privé (Caisses de Sécurité Sociale). Quant au tiers responsable, il est souvent couvert par un assureur de responsabilité, compagnie nationalisée, dont les tarifs sont homologués par le ministère des Finances. Lorsque le recours s'étend au-delà d'un simple « transfert » comptable, les frais de recouvrement et de contentieux s'accroissent : « Le serpent se mord la queue ! » (38).

Personnellement peu enclin à nous satisfaire du recul de la responsabilité individuelle et convaincu que le « welfare state » moderne rejoint certaines civilisations antiques (*Panem et circenses*), nous pensons que la collectivité ne doit jamais se substituer *intégralement* à l'un de ses membres, fautif ou oisif, et qu'elle ne doit pas grever inutilement son budget de fonctionnement. La voie subrogatoire simplifie donc les recours entre collectivités publiques et services publics *lato sensu* C'est pourquoi, dans la plupart des hypothèses codifiées, le législateur adopte à juste titre la technique subrogatoire.

32. — En premier lieu, divers textes accordent une action subrogatoire au tiers. Toutefois, le recours à l'action personnelle pour le surplus, ou l'option ne sont pas toujours prohibés pour autant. Envisageons les cas les plus fréquents.

L'on admet que le recours de la Sécurité Sociale est subrogatoire, en cas d'accident de droit commun (art. L. 397 C. Séc. Soc.) comme en cas d'accident du travail (art. L. 470) au motif que la dualité de régime serait peu rationnelle (39). En revanche,

(37) *Contra* : MAZEAUD-TUNC, éd. 1965, n° 268-7, in fine, p. 353 et concl. Lindon préc. V, p. 4, col. 1.

En notre sens : L. MAZEAUD, note préc., n° 6. Cette dernière opinion, implicite dans les arrêts de 1960 qui n'avaient pas suivi le ministère public, semble consacrée par ceux de 1964.

Par ailleurs, le respect de la règle du non-cumul est assuré par des précautions procédurales (art. L. 397, § 2 C. séc. soc.) ou, à défaut, par une mise en cause du blessé indemnisé intégralement en vue d'un remboursement problématique. Sur les conséquences du caractère constitutif et non pas déclaratif du jugement, voy. les observations de M. MEURISSE, G.P. 1958.2.D.9

(38) R. SAVATIER, D. 1962, chr. 178, col. 2.

(39) En ce sens : DURIN, *op. cit.*, p. 46 à 49 ; de BARTHES de MONTFORT, p. 43 ; MAZEAUD-TUNC I, éd. 1965, p. 327, note 10, mais *contra* : H. L. MAZEAUD, obs. Rev. Tr. Dr. Civ. 1950, p. 351, n° 5.

le législateur n'a pas interdit formellement la réparation du préjudice matériel subi par les caisses pour des frais accessoires ne présentant pas le caractère de prestations indemnitaires : Le recours au droit commun est donc possible. La jurisprudence récente est en ce sens, à l'occasion des frais entraînés par le contrôle médical (40).

L'ordonnance du 7 janvier 1959 relative au Régime spécial des fonctionnaires de l'Etat, accorde à l'Etat une action subrogatoire qui s'étend au « remboursement de toutes les prestations versées ou maintenues à la victime » (41). En revanche, la réparation du préjudice matériel réfléchi est interdite (« L'action.. est exclusive de toute autre action de l'Etat contre le tiers responsable... »). L'ordonnance de 1959 admet donc implicitement mais nécessairement l'existence en droit commun d'un préjudice réfléchi juridiquement réparable (42).

Les textes relatifs au recours du Fonds de garantie sont encore plus significatifs. La loi du 3 avril 1955, dans son article 30, se contentait de le « subroger aux droits de la victime » (43). L'ordonnance n° 59-112 du 7 janvier 1959 relative aux comptes spéciaux du Trésor a modifié les textes primitifs et consacré la réparation du préjudice matériel réfléchi subi par cet organisme « doté de la personnalité civile » (44) : « Le fonds... est subrogé dans les droits que possède le créancier de l'indemnité .. Il a droit, en outre, à des intérêts calculés au taux légal en matière civile et à des frais de recouvrement » (45).

33. — En second lieu, la jurisprudence récente, en l'absence de texte spécial, répare tout préjudice matériel direct et certain

(40) En ce sens : Civ. 2e, 18 juillet 1963, B.C. 1963.II, n° 544. G.P. 1963.2. 424 (frais d'enquête et de contrôle médical).

Adde : Chefs de préjudice matériels réfléchis envisagés par M. Meurisse (note préc., S. 1961.4.III B.) sous réserve de la réunion des conditions générales de la responsabilité délictuelle ;

Majorations légales et statutaires des rentes après condamnation et en ce sens : Civ. 7 novembre 1939, Pinard c/ Etat, D.H. 1940.1, G.P. 1940.1.16. Mais la jurisprudence actuelle semble réticente devant cette atteinte indirecte au nominalisme monétaire. B.G. : Voy. Doctrine et jurisprudence citée in Mazeaud-Tunc, éd. 1965, n° 267-5 et 270, notes 2, 3, 4 et 5 ; Frais de gestion des caisses ; Frais d'enquête et d'expertise ; Allocations familiales ; etc...

(41) La formule écarte le critère incertain du caractère indemnitaire. En revanche, les débours versés à des tiers et les frais internes sont exclus.

(42) L'extension par analogie nous semble contraire à la lettre du texte (contra : Esmein préc., J.C.P. 1964.2.13734, 6e col. : « révolte contre le législateur »).

(43) Art. 30, loi 3 avril 1955, D. 1955.141.

(44) Art. 15, loi 31 décembre 1951, mod. ord. préc., § 3.

(45) Art. 15, loi 31 décembre 1951, mod. ord. préc., § 4. Cf. p. ex Crim. 25 avril 1968, B., n° 119, p. 284. Adde sur la prise en charge « dans les conditions prévues audit article 15 » des accidents de chasse. Art. 336 ter, Code Rural (loi du 11 juillet 1966).

qui résulte de débours obligatoires sans contrepartie normale (46). Ce problème réintègre donc le cadre général du Droit de la responsabilité civile (47) : A l'occasion de chaque espèce il faut analyser le lien causal (48), l'existence et le degré de certitude du préjudice qui consiste toujours en la perte d'une chance (de ne pas payer... ou de payer plus tard). C'est ainsi que la Chambre Sociale a récemment indemnisé un employeur privé contraint de verser à la veuve de son salarié une pension dite de réversibilité prévue par le statut de son personnel. Cet arrêt reprenant une motivation traditionnelle, fonde le préjudice sur la transformation d'une dette hypothétique en une dette immédiatement exigible (48 bis).

C'est dans cet esprit qu'il convient de trancher les problèmes concrets, relatifs aux actions formées par les employeurs et organismes du secteur public (49) ou privé (50). L'on a d'ailleurs peu débattu du cas de l'employeur privé. En définitive, toute cette controverse est peut-être née d'une hostilité larvée envers les « privilégiés » (sic) du secteur public (51).

Certains auteurs ont cru discerner dans les arrêts rendus par

(46) L'Assemblée Plénière ne s'est pas prononcée explicitement au sujet des prestations non indemnitaires versées directement à la victime (note Jambu-Merlin préc.). Mais ne peut-on raisonner par a fortiori ? par analogie avec le recours général prévu par l'ordonnance de 1959 ?. Comp. Civ. 2e, 11 janvier 1968, B.C. II, n° 14, p. 9 et le contrôle des circonstances de fait quant à l'existence d'un préjudice personnel « de droit commun », c. à d. résultant de dépenses non indemnitaires.

(47) En ce sens : Raynaud, Cours Licence II, 1962, p. 519.

(48) ...et s'attendre à des manifestations de l'autonomie de la jurisprudence Criminelle qui se contente volontiers d'une seule partie civile (p. ex. Crim. 26 mai 1964, J.C.P. 1964.2.14049, note Esmein, G.P. 1964.1.270, D. 1964.S.102).

(48 bis) Soc. Rej. préc. 19 déc. 1966, Soc. Val. Ent. Electr. J.C.P. 1967. IV.13.

(49) Cf. *supra*, note 40 pour la Sécurité Sociale. Cf. les multiples études précitées et les arrêts de l'Assemblée Plénière à propos des charges des services publics qui excèdent le régime général de la Sécurité Sociale. B.G. : Mazeaud-Tunc, éd. 1965, n° 268-7.

(50) Tout dépend alors de la « loi des parties » qui, si elle est licite et non frauduleuse est normalement opposable au tiers. La question est importante puisque l'industrie privée connaît également des « salaires d'inactivité » et assure de longues indemnités complémentaires de maladie voire le maintien du salaire pendant une longue durée, notamment pour les cadres (B.G. : Camerlynck et Lyon-Caen, Droit du Travail, éd. 1965, nos 58, 91, 128, 209, 557).

Nous ne pensons pas comme Mlle G. Viney que le remboursement de ce salaire d'inactivité risque d'obérer les responsables et leurs assureurs (Mazeaud-Tunc I, éd. 1965, p. 358, in fine) ...Singulière conception qui consiste à provoquer et non à constater « le déclin de la responsabilité individuelle ». Il est en effet évident que le tiers ne paiera jamais deux fois ou qu'il disposerait alors d'un recours admis depuis longtemps (Civ. 7 janvier 1924 préc.). Comp. Le Roy, *op. cit.*, éd. 1966, n° 145 ; En ce sens : Civ. 2e Rejet, 7 novembre 1963, J.C.P. 1963.IV.171 et un arrêt ancien de la Cour de Paris (26 novembre 1909, G.P. 1909.2.640).

(51) En ce sens : Bredin, note préc., D. 1965.149. Comp. une décision ancienne, T. Civ. Seine, 19 mai 1913, G.P.T. 1912-1920, n° 166 et s. V° Resp.

l'Assemblée plénière Civile en 1964 un précédent dangereux, destructeur de cette « architecture intellectuelle qu'est un système de droit » (52). Il n'en est rien. D'ailleurs, une jurisprudence traditionnelle tient compte d'autres cas de préjudice réfléchi pour lesquels l'existence d'un lien de causalité est bien moins évidente, tel le cas des frais causés ou rendus inutiles par l'accident lorsque ces frais ont été exposés par des proches de la victime (53).

§ 2. — L'HYPOTHESE TRADITIONNELLE : SOLIDARITE FAMILIALE, PIETE ET CHARITE

34. — Le lien causal s'impose avec moins de nécessité que dans l'hypothèse précédente : D'une part, en effet, le demandeur est rarement débiteur d'une obligation civile (p. ex. rendre visite au blessé). D'autre part, certains frais incombent normalement à la victime immédiate (p. ex. soins, frais funéraires).

Cependant, la jurisprudence est plus libérale : Les magistrats conservent le goût de la responsabilité individuelle or, les demandeurs sont généralement des personnes physiques et, fréquemment, de proches parents de la victime.

Le préjudice est plus ou moins direct selon que les frais ont été engagés du fait de l'accident, rendus inutiles par l'accident ou effectués dans une intention libérale.

1°) *Frais engagés du fait de l'accident.*

35. — Certains frais incombent normalement à la victime immédiate (ou à sa succession). C'est ainsi que, quelle que soit l'issue de l'accident, les frais médicaux et pharmaceutiques ou

et surtout Soc. 19 décembre 1966 préc., arrêt trop peu remarqué... Simple application des avantages sociaux du secteur privé ! !

(52) ESMEIN, note préc., J.C.P. 1964.2.13734, in fine. Il s'agit si peu d'un « précédent » que dans le passé, nombre d'auteurs ont cru pouvoir « faire justice de l'opinion selon laquelle le débiteur de prestations rentrerait dans le cercle des victimes médiates par une action personnelle » (LAMBERT, *op. cit.*, p. 140). *Adde* : DURIN, *op. cit.*, p. 52 ; de BARTHES de MONTFORT, *Principe de l'irrecevabilité de l'action personnelle du débiteur de la prestation*, p. 117 à 131 ; PERRET, conclusions, p. 76-78.

(53) Comp. *Civ. 1re, 2 mai 1967*, Gairaud, B.C. 1967.I, n° 152, p. 111 qui *applique la formule rituelle pour les débiteurs sociaux à l'aggravation de l'obligation d'entretien du père* lors du décès de la mère (son ex-femme en l'occurence) : Il doit désormais assurer la garde de celui de ses deux enfants qui avait été confié à la mère. « L'arrêt attaqué constate que l'obligation (la garde) mise à la charge de celle-ci « repose, depuis lors, sur un débiteur différent »... ; ainsi en relevant le fait générateur du préjudice invoqué..., la Cour a légalement justifié etc... ».

Espèce surprenante et qui semble choquer le bon sens intuitif (abstraction faite de la technique juridique) : Préjudice résultant du fait de devoir garder son enfant ? ? Quelle indécence a priori ! Mais peut-on l'imputer au sieur Gairaud (qui avait peut-être *sollicité* la garde lors du divorce) ou à ses conseils ? Mais alors subit-il un préjudice ? Non (étant entendu que par ailleurs, les enfants ont un droit propre à réparation).

leurs accessoires (transport - garde-malade - assistance future, etc...) constituent un préjudice direct, actuel et certain. Ils affectent le patrimoine de la victime immédiate, blessée (1) ou décédée (2). Lorsqu'un tiers fait l'avance de ces frais, il peut donc en obtenir le remboursement par la subrogation (Sécurité Sociale), l'action oblique, l'action successorale, etc... Il en va de même, en principe, pour les frais funéraires (3) et les frais de deuil du conjoint survivant (4).

A titre subsidiaire, le recours à l'indemnisation du préjudice matériel réfléchi reste possible si la victime immédiate est insolvable (enfant ou vieillard) ou sa succession déficitaire. Le lien causal est certain lorsque des frais normaux (5) mais utiles (6) ont été engagés, en vertu d'une obligation juridique tel le devoir d'entretien ou l'obligation alimentaire (7) ou en vertu du devoir moral de secourir autrui (8) et de fournir à sa dépouille mortelle des obsèques décentes (9).

(1) Celle-ci doit, dans « la mesure où sa situation de fortune le lui permet », s'efforcer de réduire au minimum la gravité du dommage par l'*observation des « soins nécessaires pour améliorer son état »* : Civ. 2e Rejet, 13 janvier 1966, Sage c/ Barbaglia, B.C. 1966.II, n° 54, p. 41, G.P. 1966.1.375 (a contrario). Même sens : Tr. Gr. Inst. Laval, 13 février 1967, D. 1968.39. *Adde* : Mazeaud-Tunc, t. 3, n° 1474.2, p. 471, note 4 et n° 1673, p. 657, 2e alinéa, in fine ; obs. Durry. Rev. Tr. Dr. Civ. 1968.376, n° 14.

(2) Même sens : Savatier, t. II, n° 545 et note au D. 1940.2.9.II.A.1° ; Le Roy, *op. cit.*, n° 155 et Civ. Soc. 5 janvier 1968, J.C.P. 1968.IV.23. *Contra :* Perret, p. 117.C.

(3) « Charge de la succession » (Ripert et Boulanger, t. IV, n° 2473 ; Mazeaud-Tunc, t. II, n° 1913 ; Savatier, note D.P. 1940.2.9.II.A.2°). Recours par la voie oblique admis par Trib. Inst. Valence, 14 décembre 1960, Serre c/ Caillou, D. 1961.619, note Goré.

(4) Art. 1481 nouveau (mod. loi 13 juillet 1965). Pour la veuve seulement (art. 1481 ancien).

(5) Rôle des *coutumes locales* : repas d'enterrement (Trib. Gr. Inst. Avesnes, 5 avril 1960, Monnier c/ Fosset, D. 1960.S.78). Rôle des usages familiaux et du « standing » social.

(6) Voy. la controverse relative au *recours à des sommités médicales* (Pro : Mazeaud-Tunc, n° 2396-1, note 1. *Contra* : Le Roy, n° 20). A notre sens, si les frais ne sont pas purement frustratoires, le lien causal est direct. C'est un fait que, par exemple, à l'heure actuelle une personne dite bien née ne saurait voir le jour à l'Hôpital, « Foch » excepté. En outre, les statistiques révèlent que, tout snobisme mis à part, les cadres se soignent plus et mieux que les autres assurés sociaux.

(7) B.G. : Derrida, L'obligation d'entretien 1952, p. 118 et s. ; J. Pradel, J.C.P. 1966.I.2038.II ; Civ. 2 , 13 janvier 1966 préc. sol. impl. - Jurisprudence traditionnelle (Besançon, 17 décembre 1902, Cottet c/ Clerc, D.P. 1903.2. 406 : père pour blessures de sa fille ; Trib. Civ. Nevers, 31 août 1866, D.P. 1867.2.197, soins *passés* à sa fille ; Comp. Paris, 26 février 1960, G.P. 1960.1.234).

(8) Frère : Douai, 29 janvier 1929, Averlon c/ Da Silva, D.H. 1930.S.31, Rec. Douai 1929.134 ; Concubine : Crim. 28 nov. 1938, G.P. 1939.1.39 *a contrario.*

(9) Une jurisprudence constante admet la réparation du préjudice réfléchi. Peu importe que le demandeur soit un successible (Req. 10 avril 1922, dame Sanson, G.P. 1922.2.66, D.P. 1923.1.52, note Lalou : préj. « *personnel* » pour les obsèques), une veuve séparée de fait (Tr. Civ. Bayeux, 7 décembre 1933, D.H. 1934.63), un collatéral (Douai, 29 janvier 1929 préc.), une concu-

En revanche, il se peut que, pour des raisons légitimes, un tiers ait engagé des dépenses qui n'incombent nullement à la victime immédiate. Il ne peut alors être indemnisé qu'en agissant à titre personnel et en établissant le caractère direct du préjudice. C'est notamment l'hypothèse des frais de voyage (10) et de deuil (11). La jurisprudence répare aujourd'hui (12) ces frais lorsqu'ils constituent « une suite directe et nécessaire » du fait générateur de responsabilité civile (12 bis). Il faut remarquer que le demandeur n'était pas juridiquement tenu de se rendre au chevet du blessé ou de porter le deuil du défunt. L'idée d'atteinte à un droit muni d'action semble absurde ici.

2°) *Frais rendus inutiles par l'accident.*

36. — En pratique, il s'agit de deux hypothèses concrètes.

D'une part, les sacrifices effectués par les ascendants ou les parents nourriciers de fait son réduits à néant. Nombre d'auteurs refusent par principe l'indemnisation « d'une dépense définitivement faite, que l'accident n'aggrave point » (13). Mais le sentiment populaire est contraire (13 bis). D'ailleurs, selon la Cour Suprême, il s'agit plutôt d'une question d'espèce (14).

D'autre part, les frais divers (repas de noces, frais d'installation, etc...) engagés en vue d'un mariage rendu impossible par l'accident, constituent un préjudice matériel distinct de la perte d'un « beau mariage ». La jurisprudence en tient compte plus

bine (Crim. 28 février 1930, Richard c/ Dlle Raffray, S. 1931.1.145, note Marty, D.P. 1930.1.49, note Voirin I ; Civ. 28 novembre 1938 préc ; Civ. 2e, 18 juillet 1967, B.C. 1967.2, n° 265), un étranger « *pietatis gratia* » (en ce sens : Voirin, note préc. et T. Valence, 14 décembre 1960 préc. bien que recours à l'action oblique). Comp. Cass. Belgique 29 mai 1892, Despatures c/ Etat, D.P. 1893.2.299.

(10) La frontière entre frais de voyage, accessoires des frais médicaux (garde malade, « soutenir le moral » du blessé) et frais purement personnels au demandeur (inquiétude due à l'éloignement) est insaisissable concrètement.

Cf. Paris, 30 juin 1958, G.P. 1958.2.348 et T.C. Seine, 27 février 1957 en sous-note, obs. H. L. Mazeaud, Rev. Tr. Dr. Civ. 1959.89, n° 6, cassé pour motivation insuffisante par Civ. 1re, 20 décembre 1960, B.C. 1960.I, n° 556, p. 453, D. 1961.141, note Esmein, J.C.P. 1961.2.12031, note Tunc, S. 1961.178 ; Trib. Gr. Inst. Nice, 9 mars 1962, Mielle c/ L'Union, D. 1962.414, note Le Roy III.

(11) En ce sens, Savatier, note préc., D.P. 1940.2.9 (II. 3°, p. 10, col. 1).

(12) *Contra* : Civ. 19 octobre 1943, Dlle Gaillard, J.C.P. 1945.2.2893, note Rodière (Achat de robes de deuil par la fiancée de la victime).

(12 bis) Civ. 1re, 20 décembre 1960 préc., note 10.

(13) Savatier, t. II, n° 553, p. 120 ; Adde : Le Roy, n° 179.

(13 bis) Cf. la protestation des mères de héros défunts : « Ce n'est pas la peine d'élever des enfants pour les faire tuer » etc...

(14) *Pro* : Colmar, 3 mars 1810, S. 1810.2.223 ; Crim. 3 janvier 1914, B., n° 7 ; Req. 21 octobre 1929, S. 1930.1.10 ; Req. 2 novembre 1939, D.H. 1940.77. *Contra* : Crim. 8 juillet 1936, G.P. 1936.2.632 ; Civ. Rej. 8 juillet 1954, B.C. 1954.I, n° 238. Cette jurisprudence, indissociable de l'hypothèse des subsides, est analysé *infra*, n°s 84 et 130 notamment.

volontiers, car un tel préjudice est moralement plus « avouable » (15).

En général, le tiers n'est pas tenu d'engager les frais en question. Le préjudice matériel réfléchi ne résulte donc pas de l'atteinte à un droit subjectif *stricto sensu* et muni d'action (voyage, frais d'un repas de noce, etc...). Parfois il résulte même de la simple impossibilité de recouvrer une créance contre la victime immédiate (inhumation et succession en deshérence) Aussi, lorsqu'il s'agit d'évaluer le dommage subi, les risques de double réparation sont-ils certains (16), d'autant plus que lorsqu'un héritier agit les arrêts indiquent trop rarement à quel titre il le fait. Leur interprétation est donc hasardeuse mais la responsabilité en incombe, semble-t-il, au manque de précision des exploits d'ajournement (17).

3°) *Frais engagés dans une intention libérale*

37. — Lorsqu'un tiers se montre charitable envers la victime, il ne subit aucun préjudice direct. En dépit du caractère indemnitaire des frais, leur cause juridique réside uniquement dans son intention libérale. Nul ne peut se créer un titre à réparation. En revanche, la victime immédiate cumule la libéralité (18) et le bénéfice de l'action en responsabilité civile. Toutefois si le tiers bornait sa charité à l'avance des frais, il pourrait intenter l'action de la victime immédiate à titre récursoire (19).

En pratique, la réalité et la portée (simple avance ou aide à fonds perdu ?) de l'intention libérale sont imprécises D'ailleurs, la charité véritable emprunte volontiers le voile d'un acte réalisé à titre onéreux : délicatesse humaine... ou indélicatesse fiscale dans l'hypothèse, fréquente, d'un employeur généreux.

(15) P. ex. : Rej. 5 janvier 1956, D. 1956.216 ; Rouen, 9 juillet 1952, D. 1953.13 ; Cf. *infra*, question traitée in globo avec l'hypothèse des subsides car la jurisprudence ne distingue pas (Civ. 19 octobre 1943 préc.) avec autant de clarté que la doctrine (p. ex. MAZEAUD-TUNC, n° 277, note 2, 5° éd. ; SAVATIER, t. II, n° 553 in fine ; FLOUR, Cours préc., Lic. 2, p. 627, note 1 in fine), ces divers chefs de préjudice.

(16) Voy. par ex. Paris, 26 février 1960 préc., note 7.

(17) P. ex. Req. 10 avril 1922, D.P. 1923.1.52 préc., note n° 9, est généralement cité comme un exemple d'action successorale (SAVATIER, t. II, n° 545). Or, il s'agit d'une action personnelle.

(18) A fortiori, si la libéralité émane de la victime immédiate par le jeu d'une donation au conjoint survivant (Req. 18 décembre 1933, Vve Boudry, G.P. 1934.1.395. 3e moyen « L'article 1165 dispose que les tiers ne peuvent profiter d'une convention à laquelle ils n'ont pas été parties... ; dès lors, la Cie du Nord n'était pas fondée à se prévaloir, en vue d'obtenir une diminution de l'indemnité, d'une donation ayant pris effet au décès du mari, causé par le délit commis par son préposé ».

(19) Comp. p. ex., *supra*, note 3 (Inhumation à titre de piété et recours par la voie oblique : Trib. Inst. Valence, 14 décembre 1960).

38. — Le droit positif semblait aux auteurs conforme aux principes exposés ci-dessus (20). Aujourd'hui, le doute n'est plus permis à la suite de deux arrêts de la seconde section civile qui ne semblent pas avoir suscité l'intérêt qu'ils méritent.

D'une part, la Cour Suprême préfère l'évaluation mathématique à l'évaluation *in concreto* des ressources du blessé, compte tenu « du souci du patron de s'assurer le concours d'un ouvrier depuis longtemps à son service, *sans que l'effet d'une telle manifestation particulière d'intérêt ait pu être excepté de l'obligation de réparation incombant à l'auteur du dommage* » (21).

D'autre part, le principe même du cumul au profit de la victime immédiate est affirmé par un arrêt de la seconde chambre civile en date du 17 décembre 1963 (22).

En vérité, le paternalisme n'est jamais totalement désintéressé. C'est un aspect des rapports complexes, psychologiques, sociaux et pécuniaires qui existent entre employeurs et employés. Envisageons maintenant les incidences de l'accident sur les rapports nés de l'activité économique, de la victime : perte d'un client, d'un fournisseur ou d'un collaborateur

(20) Voy. les décisions de juges du fond citées in MAZEAUD-TUNC, t. I, 5e et 6e éd., n° 271, note 3 ; et LALOU, 5e éd., n° 237, p. 200. Peu significatives, ces décisions concernent surtout des majorations bénévoles de pension. *Contra* : Un jugement ancien du Tr. Civ. de la Seine refusait le cumul en cas de charité privée (13 mars 1886, G.P.T. 1888-1897, V° Responsabilité, n° 421, p. 701).

(21) Civ. 2e, 16 janvier 1957, Soc. Besse c/ Navarre, B.C. 1957.II, n° 50, p. 31. *Adde* : Civ. 2e, 17 décembre 1963, Autones, J.C.P. 1964.IV.15 (pour l'I.P.P.).

(22) Civ. 2e, 17 décembre 1963 préc. A propos du maintien du salaire, les juges du fond sont « tenus de préciser si ce versement a été effectué à titre gracieux ou en vertu d'une clause du contrat de travail, auquel cas seulement *cette prestation constituerait, non une libéralité pouvant être cumulée avec la réparation... mais une indemnité...* » (pour I.T. Totale). Adde : Paris, 16 mai 1928, S. 1930.2.19.

SECTION II

DES PERTURBATIONS APPORTEES A DES INTERETS MATERIELS SOLIDAIRES DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE DE LA VICTIME

39. — L'hypothèse diffère de la précédente pour trois raisons. D'une part, le préjudice allégué consiste généralement en un *manque à gagner* lié pour partie aux aléas de la vie économique et non dans des débours ou une perte nette aisée à évaluer

D'autre part, la victime immédiate est envisagée, non comme une personne « assistée » mais comme un participant actif à la vie économique, créateur de richesses dont bénéficie la collectivité et tout spécialement quelques personnes dont les intérêts sont étroitement liés aux siens (client, fournisseur, employeur, associé, créancier, etc...).

Enfin et surtout, selon la Doctrine traditionnelle, il s'agit d'une hypothèse d'école. La doctrine la plus éminente se scinde, en effet, en deux courants : Selon Esmein il s'agirait du préjudice indirect par excellence (1). Selon la doctrine majoritaire, le préjudice peut être direct mais l'éventualité en est toujours envisagée comme un « cas limite » (2).

A notre sens, la réparation de ce type de dommage réfléchi est possible, logique et opportune (§ 1). En outre, il est vain de nier (3) l'existence d'une jurisprudence en ce sens (§ 2). Tout au plus peut-on constater des réticences dues à cette forme de

(1) P. Esmein, note préc., J.C.P. 1964.2.13734, col. 3 et D. 1964, chron. p. 211, n° 20. *Adde* : Le Roy, éd. 1966, n° 188 ; *Contra* : P. Esmein, note au S. 1930.2.17 sous Paris, 16 mai 1928 (III., p. 19).

(2) Mazeaud-Tunc, 5e et 6e éd., n° 277-6 ; Flour, Cours préc., p. 624, note 1 et Cours doctorat préc. inédit ; Savatier, t. II, n° 552, p. 120 et note D. 1956, p. 723 ; Julliot de la Morandière, D. 1958, chron. p. 184, col. 1 ; Dupeyroux, D. 1961, chron. préc. p. 39 ; De Barthes de Montfort préc., p. 132 (... « *exceptionnelle* ») ; Lambert, *op. cit.*, p. 66 à 68 ; Meurisse, note préc. S. 1960.249.II.

(3) *Contra* : Esmein, note préc. ; En notre sens : Bredin, note au D. 1965, p. 151, col. 2.

complexe d'infériorité qu'entretient la magistrature à l'égard des « Affaires » (4). En revanche, la « petite affaire familiale » engendre moins d'amertume, partant plus de sympathie : Le juge sera mieux disposé à l'égard du demandeur.

§ 1. — EXAMEN DE LEGE FERENDA : RIGIDITES ECONOMIQUES ET CARACTERE DIRECT DU PREJUDICE.

Au plan des principes, le préjudice résulte usuellement de l'atteinte à un droit subjectif muni d'action Aussi, lorsque les auteurs refusent l'indemnisation, est-ce surtout en raison du caractère indirect ou incertain du dommage.

Mais, à notre sens, leur optique est peu réaliste. « La tendance à la stabilité du rapport contractuel » (5) est la traduction juridique de *rigidités économiques croissantes*. La conception abstraite de l'homme libre, égal et interchangeable, en vogue au siècle dernier dans les salons littéraires, est abandonnée par les économistes contemporains. En outre, elle ne correspond nullement aux comportements concrets du peuple français.

40. — Le déclin du libéralisme, la planification ainsi que l'édification de trusts publics ou privés auxquels des milliers d'hommes vouent leur existence (6) nimbent d'irréalité la conception « atomistique » des rapports économiques. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, inscrit au frontispice de nos institutions, est tempéré par la quête de la stabilité des débouchés donc des rapports entre clients et fournisseurs (exclusivités - contrats à long terme - déclin des procédures d'adjudication *ouverte* dans les marchés de l'Administration (7) — « plans de charge », etc...). En général, les parties sont des personnes morales à l'abri des accidents corporels mais quid d'un modeste sous-traitant chargé de produire une pièce essentielle d'un ensemble ou les éléments du « conditionnement » nécessaires à la commercialisation d'un produit ?

Dans les relations du travail, la *stabilité* est recherchée par les parties. Aujourd'hui, l'entreprise assume des garanties d'avenir afin de mieux s'attacher ses collaborateurs

(4) D'où la pratique de l'arbitrage, cf. CARBONNIER, t. I, n° 34, p. 120 in fine, éd. 1967. Adde : Rapport de M. Simon au premier congrès du syndicat de la magistrature sur la nécessité d'une « formation en matière économique et sociale pour que le magistrat soit de taille à répondre à certains interlocuteurs » (Le Monde, 26 novembre 1968, p. 16, col. 2).

(5) Etudes de droit privé sous la direction de P. Durand (Paris 1960).

(6) L'exemple le plus caractéristique est celui de l'économie japonaise. En France même, l'on peut naître dans une cité ouvrière de l'entreprise X..., aller à l'école X..., y recevoir une formation appropriée, etc... (L'on songe par exemple, à Michelin, Peugeot, E.D.F., les Houillères). *Adde* : VOIRIN, D. 1963, chr. 247 et s.

(7) B.G. : G. VEDEL, *op. cit.*, p. 622 et s.

D'une part, en effet, la formation des cadres et techniciens supérieurs est rarement polyvalente. Il s'agit d'une « formation maison » qui constitue un investissement à la charge de l'entreprise. Dans une industrie moderne, la désagrégation d'une équipe de chercheurs équivaut à une condamnation à terme.

D'autre part, dans le court terme, le coût de la désorganisation des courants commerciaux (chargé de mission blessé lors d'une grande foire internationale), des options fondamentales de l'entreprise (décès d'un capitaine d'industrie) (8), du travail dans un atelier-clé est immense. La jurisprudence en tient compte dans des domaines connexes : rupture abusive du contrat de travail, abus du droit de se retirer d'une société, abus du droit de grève (grèves « tournantes » tendant à créer un goulot d'étranglement, etc...).

41. — Par ailleurs, la mentalité nationale accentue cette stabilité des relations commerciales et professionnelles. Les économistes peuvent s'irriter du danger de sclérose économique. Il est certain que toute politique de décentralisation ou de brassage humain se heurte à cette constante (8 bis). En outre, l'idéal traditionnel reste celui de l'entreprise familiale

Il est donc erroné de refuser a priori toute certitude à de tels chefs de préjudice en invoquant un libéralisme qui n'imprègne plus le secteur moderne de notre Economie (absence de souplesse du capitalisme monopolistique) et n'a jamais affecté son secteur traditionnel (sclérose des P.M.E. et des entreprises familiales). Il est coûteux pour une entreprise de perdre l'un de ses « managers ». En fait, il est malheureusement plus rare qu'un administrateur abandonne sa firme que son foyer. Peut-être est-ce même plus difficile juridiquement : la jurisprudence admet plus facilement le divorce que le congédiement pour « humeur atrabiliaire » (8 ter).

Le dommage consiste donc dans la perte d'une chance de poursuivre des relations économiques fructueuses. Le juge doit en apprécier le degré de certitude et la valeur. Il procède parfois à cet examen.

§ 2. — ANALYSE DU DROIT POSITIF.

Paradoxalement, la jurisprudence concerne moins le « Big Business » que les entreprises familiales tant il est vrai que,

(8) Fluctuations boursières consécutives au décès de Henri Ford I (bénéfique en l'espèce) ou de Kayser. Désarroi des pouvoirs publics après le décès brutal de M. Lefaucheux, responsable de la R.N.U. Renault. L'on imagine difficilement alors que « de minimis non curat praetor » ! !

(8 bis) Voy. Camerlynck, *Le Transfert du salarié*, D. 1966, chron. 133 et s.

(8 ter) Comp. Civ. 2e, 3 juillet 1963, D. 1964.S.5 (divorce accordé) Soc. Rej., 29 janvier 1964, J.C.P. 1964.IV.38 (préavis nécessaire).

d'une part, l'estimation du préjudice est alors plus aisée et exige peu de connaissances économiques et que, d'autre part, la solidarité familiale est, dans l'esprit du juge, la garantie fondamentale de la certitude du préjudice subi par ricochet. Les liens unissant le demandeur à la victime immédiate consistent, selon les espèces, dans des activités d'échange, de placement ou de production.

42. — Lorsque le demandeur est *le client ou le fournisseur* de la victime immédiate, il faut à notre sens sérier les problèmes et non pas considérer a priori toutes ces actions comme « absurdes » (9).

Dans les rapports entre un commerçant et un client « ordinaire » n'agissant pas pour les besoins d'une activité professionnelle, le préjudice allégué est hypothétique En effet, la clientèle est une universalité soumise à des fluctuations continuelles (10). Encore conviendrait-il de réserver l'hypothèse du *lucrum cessans* pour une opération en cours ? C'est pourquoi, le 6 mars 1964, la Cour de Paris se borne à qualifier d' « audacieuse » l'action intentée par une banque contre le responsable du décès d'un client dont la banque avait honoré deux chèques sans provision émis plusieurs mois avant l'accident mortel (11). *A contrario*, la demande eût-elle été jugée audacieuse sans les graves négligences du demandeur ? En irait-il de même pour des « traites » échues après l'accident ?

En revanche, l'interruption ou la suspension de rapports commerciaux professionnels, cristallisés par une convention à long terme (concessionnaire exclusif), cause un préjudice certain aux fournisseurs comme aux clients de la victime (12). C'est pourquoi l'arrêt précité relève avec soin deux circonstances de fait : D'une part, les « manquements professionnels » du banquier sont la cause directe du dommage. D'autre part, et surtout, il s'agissait d'un compte ordinaire de dépôt avec retrait à vue et sans ouverture de crédit préalable. La solution pourrait être différente dans l'hypothèse d'une banque d'affaires prenant une participation ou ouvrant un crédit. En fait, dans l'espèce considérée, le banquier agissait surtout en tant que créancier chirographaire

(9) « Conséquences absurdes » (M. Paillet dans une « consultation délibérée » communiquée à la Cour de Bordeaux le 5 avril 1852, S. 1852.2.422, sous note). Les opinions ont peu varié par la suite : Morel, Cours préc. 1952, p. 36 ; Flour, Cours doctorat préc. inédit ; Lambert, p. 68 ; Mazeaud-Tunc, n° 277-6, in fine, 5e éd., p. 359 et 6e éd., p. 375 ; Dabin, in Belg. Jud. préc. 1935, p. 530, col. 2 et notes 57 et 58.

(10) En ce sens, Dabin préc. ; Mazeaud-Tunc préc.

(11) Paris, 6 mars 1964, Banque X... c/ Dlle Estival, D. 1964.643, note Esmein, G.P. 1964.2.112, et obs. Rodière, Rev. Tr. Dr. Civ. 1965.113.a.

(12) Cette hypothèse n'est pas assimilable à celle du créancier, les rapports étant plus complexes (*contra* : Lambert, préc.).

43. — Lorsque le demandeur est un *créancier* de la victime immédiate, il suffit en principe que ce dernier puisse agir contre son débiteur (ou ses ayants cause) et intenter les actions de son débiteur par la voie oblique. Si le créancier n'obtient pas le paiement, la cause en est imputable à l'insolvabilité du débiteur et à l'imprudence du créancier (13). Toutefois, l'on rencontre quelques cas de préjudice direct.

En premier lieu, lorsqu'il s'agit d'une créance de somme d'argent, il est parfois «certain » qu'un débiteur actuellement insolvable pourra ultérieurement rembourser une dette modique (conscrit effectuant son service militaire - médecin achevant son « internat » - chômeur - etc...). La perte d'une telle chance pourrait être prise en considération quoique l'on ne puisse citer aucun cas d'indemnisation effective depuis près de soixante ans (14).

En second lieu, le décès ou l'impotence du débiteur lèse parfois directement un droit du créancier : extinction d'une obligation contractuelle où joue *l'intuitus personae* (15), obligation légale intransmissible activement ou passivement telle l'obligation alimentaire (16), perte d'une sûreté personnelle avec le décès d'une caution (17).

Enfin, la certitude est absolue lorsque le créancier avait acquis et pouvait monnayer les services de la victime, de telle sorte que cette dernière constituait un élément d'actif figurant au bilan du

(13) En ce sens : SAVATIER, t. II, n° 552, p. 120 ; P. ESMEIN, notes J.C.P. 1964.2.13734 et D. 1964, chron. 212, n° 22, etc... ; MOREL, préc. p. 36 ; DABIN, préc., Belg. Jud. 1935, p. 531, col. 1 ; Paris, 6 mars 1964, préc. : « La vie du débiteur ne fait pas partie de son patrimoine » (sic). Elle est donc exclue du droit de gage général de l'art. 2092 C. Civ. Cette étrange idée ne doit pas être imputée à la Cour mais aux conseils de la défenderesse.

(14) Jurisprudence rare, divisée, peu significative :

1°) Rejet de principe : Paris, 6 mars 1964, préc. (En tant que créancier).

2°) Principe admis et rejet de l'action en fait : Lyon, 7 octobre 1903, Gaz. Trib. 2e partie, 1904.1.199 ; Tr. Comm. de la Seine, 11 juillet 1912, Huchet c/ Tramways E.P., G.P. 1912.2.449 : « S'ils sont recevables à exercer en leurs noms personnels... l'action résultant de l'art. 1382 C. civ., cette action, en l'espèce, est mal fondée » eu égard au « désordre des affaires » du défunt depuis des mois ; Comp. décision de 1re instance citée in Crim. 16 janvier 1964, D. 1964.196, col. 1.

3°) Indemnisation accordée par Trib. Civ. Seine, 4 juillet 1901, Imbert c/ Mouter, G.P. 1901.2.284 : « *Droit de compter sur les émoluments à provenir de l'activité de leur débiteur ainsi que l'attestait le passé* » (Ce dernier payait progressivement sa dette).

(15) Civ. 2e, 14 novembre 1958, Demeyer c/ Camerlo, B.C. 1958.II, n° 730, p. 489, G.P. 1959.I.31, obs. Mazeaud, Rev. Tr. Dr. Civ. 1959, p. 91, n° 8, Casse Lyon, 26 janvier 1956, G.P. 1956.1.362, D. 1958.253, note Gervesie qui avait partiellement indemnisé l'Opéra de Lyon pour les conséquences financières du remplacement in extremis du chanteur Dassary (blessé accidentellement) par un artiste moins renommé. « ...L'échec d'une œuvre théâtrale est un risque inhérent à la profession d'entrepreneur de spectacles et peut dépendre de multiples circonstances... De ces énonciations hypothétiques, la Cour n'a pu déduire la preuve d'un préjudice certain ». A contrario pour une autre profession.

(16) Cf. *infra* l'hypothèse des subsides.

(17) *Contra* : ESMEIN, D. 1964, chron. n° 25.

créancier. C'est le cas du monopole de l'activité sportive d'un joueur professionnel. On est alors très près de l'hypothèse du décès d'un cheval de course ; la victime immédiate est plutôt considérée comme une chose que comme un sujet de droit (18).

44. — Une jurisprudence plus abondante concerne l'interruption ou la suspension d'une collaboration professionnelle Deux arrêts récents sont significatifs. Par un premier arrêt, la Cour Suprême admet en principe les actions de l'*employeur* (19). Mais, surtout, un second arrêt admet en fait l'existence d'un lien de causalité entre la blessure d'un dirigeant et la faillite d'une entreprise (20).

Pour leur part, les juges du fond témoignent de beaucoup de circonspection. En vérité, pour autant que la jurisprudence répertoriée soit significative, les hypothèses d'indemnisation effective sont rarissimes depuis 1930 (21). Il y aurait ici un recul de la « liste des ayants droits ».

En revanche, la même circonspection n'est pas de mise lorsque

(18) Colmar, 20 avril 1955, F.C. Metz c/ Wiroth, D. 1956.723, note Savatier, S. 1957.20, J.C.P. 1955.2.8741 tient compte

a) de la « valeur patrimoniale car en cédant un joueur... le club encaisse un capital » (en l'espèce des « offres d'achat » considérables avaient été déclinées)

b) de la « désorganisation de l'équipe ».

(19) Civ. Soc. Rej., 27 novembre 1964, Soc. Paris. Canalisation c/ Amrouni, B.C. 1964.IV, n° 796, p. 657, G.P. 1965.1.133, obs. Rodière in Rev. Tr. Dr. Civ. 1965.348, n° 3 « La Cour d'appel en observant que le déficit d'exploitation, si tant est qu'il s'était produit, pouvait être dû à diverses causes, a par là-même apprécié et admis qu'en l'espèce, l'employeur n'avait point apporté en toute hypothèse la preuve lui incombant d'une relation de cause à effet entre l'accident mortel survenu à son chef de chantier et le préjudice par lui allégué ».

(20) Civ. 2e, 16 juin 1961, La Prévoyance c/ Teyssier, B.C. 1961.II, n° 462, p. 330. Sol. impl. Espèce originale : Le blessé obtient une indemnité car « *privée de son concours et n'ayant pu le remplacer, son entreprise avait finalement périclité* », sa situation disparaissant avec elle.

(21) *Commis voyageur ou V.R.P.* : Indemnisation accordée par Trib. Civ. d'Angoulême, 21 novembre 1905, Servajean c/ Lamouroux, D.P. 1906.5.24 (tournée interrompue : « cause au patron un préjudice direct ») et sur appel Bordeaux, 7 mai 1907, Rec. Bordeaux 1907, 1re partie 258 (confirme « la relation directe entre le quasi délit et le préjudice »). Paris, 26 mars 1930, G.P.T. 1930-1935, V° Resp., n° 210 et s., p. 444 (simples frais de remplacement provisoire en l'absence de répercussions sur le chiffre d'affaires).

Employé : Tr. Comm Seine, 10 janvier 1906, G.P.T. 1902-1907, t. 2. n° 105, p. 380 (« préjudice causé par la brusque cessation des services... »). *Contra* : Tr. Civ. Bordeaux, 1er mai 1935, Parouty c/ Ardouin, Rec. Gaz. Trib. 1935. 2.338 (crainte d'un « désordre social ») ; Tr. Civ. Versailles, 5e Ch. 12 novembre 1956, cité in Le Roy, n° 188.

Associé : Paris, 27 mai 1876, esp. Matossy cité in Demolombe, t. XXXI, p. 579. *Contra* : Tr. Civ. Brive, 8 juillet 1931, Dubois c/ Perrier, G.P. 1931. 2.817 (Arg. tiré du fait que les statuts prévoyaient la poursuite de la société en cas de décès : aucun associé n'était donc « indispensable ») ; Colmar, 20 avril 1956, J.C.P. 1956.IV.128.

le demandeur est un proche de la victime (22). Le libéralisme de la jurisprudence est accru lorsque ce proche ne peut être indemnisé au titre de l'interruption des subsides (23). C'est ainsi que les concubines sont d'irremplaçables associées de fait (24), à la différence des associés ou collaborateurs juridiquement liés au demandeur. La vanité du critère de l'atteinte à un droit est évidente.

En définitive, l'analyse des hypothèses communes à la survie et au décès de la victime immédiate apporte donc trois enseignements essentiels. Tout d'abord, si l'on apprécie avec bon sens les caractères direct et certain d'un dommage patrimonial, le risque d'un raz-de-marée d'actions est nul.

Ensuite, l'atteinte à un lien de droit (décès d'un associé) voire à un droit muni d'action (prestations dûes par l'employeur) ne suffit pas à établir la certitude du dommage allégué. Réciproquement, l'existence d'un lien de droit n'est pas nécessaire (décès d'un associé de fait ; frais de deuil, etc...).

Enfin, l'existence de liens de famille entre la victime immédiate et le demandeur incite les juges du fait à prendre en considération des chefs de préjudice dont ils ne tiennent pas compte lorsque le demandeur est un étranger. L'étude de l'hypothèse des subsides corrobore ces conclusions. L'action revêt alors un caractère essentiellement familial.

(22) P. ex. fils, simple manœuvre, promu par le décès de son père chef d'exploitation, mais s'avérant inapte à cette tâche (Req. 18 décembre 1933, pré., G.P. 1934.1.396, 4e moyen). En ce sens : MAZEAUD-TUNC, n° 277-3, note 6-6, p. 367, 6e éd. Comp. Bruxelles, 13 janvier 1890, S. 1890.4.23 pour la perte d'une collaboratrice (son épouse). Indemnité accordée. Cité *infra*, n° 72, note 11. Comp. « perdre sa femme et sa ferme », *infra*, n° 146, note 21.

(23) Bourges, 16 décembre 1872, Rajon c/ Champrault, S. 1874.2.71, D 1873.2.197 des frères et la sœur... « ont éprouvé de sa mort un dommage.. résultant de l'exploitation en commun du patrimoine indivis... Auxiliaire utile des intérêts associés »

(24) P. ex. Douai, 23 mars 1931, S. 1931.2.213 ; Tr. Civ. Corbeil, 28 décembre 1931, G.P. 1933.1.60 sous-note ; Crim. 22 novembre 1956, G.P. 1957. 1.175 ; Nîmes, 6 avril 1959, G.P. 1959.2.72, D. 1959.S.105 ; Crim. 28 décembre 1959, B. Crim. 1959.1130.

CHAPITRE II

DU PREJUDICE SPECIAL AU CAS DE DECES : INTERRUPTION DES SUBSIDES OU PERTE DE TOUT ESPOIR D'ASSISTANCE (1)

« Il n'y a qu'une affliction qui dure, qui est celle qui vient de la perte des biens : le temps qui adoucit toutes les autres, aigrit celle ci. »

(La Bruyère, Des Biens de Fortune).

45. — La proposition selon laquelle la détermination des victimes médiates doit être strictement autonome par rapport au dommage immédiat a été amplement vérifiée par l'examen de notre droit positif en ce qui concerne les hypothèses communes à la survie et au décès. En va-t-il de même s'agissant de l'interruption ou de la suspension de subsides voire de la perte d'une chance d'en obtenir ? Il est permis a priori de douter que « la stricte nécessité d'un intérêt personnel, certain et légitime » puisse rendre compte de l'ensemble des solutions de notre droit positif (2). L'action de la fiancée, lorsqu'elle a pour objet le remboursement des frais que lui ont occasionnés le décès de son futur conjoint n'a pas été admise sans réticences (3), ni sans que

(1) B.G. : Les ouvrages cités soit en bibliographie générale, soit précédemment (p. ex., n° 6, note 25) concernent, le plus souvent, les matières traitées dans ce chapitre. C'est plus spécialement le cas pour les diverses monographies consacrées à l'accident mortel, leurs auteurs s'étant attachés presque exclusivement à l'hypothèse des subsides.

(2) *Contra* : Lambert, *op. cit.*, p. 58 et 59.

(3) Cf. Paris, 24 mai 1938, G.P. 1938.2.468 sous note et Civ. 19 octobre 1943, Delle Gaillard, J.C.P. 1945.2.2893, note Rodière.

ne soit évoquée à ce propos l'absence de tout lien de droit (4) entre la victime immédiate et la victime médiate. Il est, certes, concevable que l'absence de tout lien de droit entre l'une et l'autre victime n'influe en rien sur le principe du droit à réparation de la victime par ricochet. Mais, il s'agit là d'une conception a priori qui ne correspond donc pas nécessairement, d'une part, aux fondements théoriques de notre droit de la responsabilité civile ni, d'autre part, aux solutions concrètes de notre droit positif, si largement prétorien. Il importe, en conséquence, de vérifier la conformité de cette conception à ces deux étalons.

46. — Les quatre systèmes (5) théoriques concevables a priori (lésion d'un intérêt quelconque, d'un intérêt légitime, d'un droit, d'un droit muni d'action) ne s'opposaient pas avec virulence dans les espèces envisagées précédemment. En effet, les exigences du système le plus restrictif étaient le plus souvent satisfaites.

D'une part, la victime immédiate dispose comme toute personne physique d'un « droit » à l'intégrité corporelle (6). Ceci satisfait les auteurs qui, tel Josserand, exigent l'atteinte à un droit mais entendent par là les droits les plus vagues, tels les droits dits extra-patrimoniaux.

D'autre part, dans les hypothèses envisagées au chapitre précédent, le demandeur par ricochet se prévaut généralement d'un dommage qui résulte de l'atteinte à un droit muni d'action, telle une obligation contractuelle (associé, créancier, fournisseur exclusif, employeur pour perte d'un collaborateur), statutaire (employeur pour prestations imposées par une convention collective ou un statut de droit public) ou légale (pension des fonctionnaires, frais engagés par les parents). Le débat se situait plutôt sur le plan du caractère direct ou indirect du préjudice. Nous avons relevé, toutefois que, lorsque des frais ont été engagés du fait d'un usage, mais en dehors de toute obligation, même naturelle (robe de mariée, abandon d'un appartement de jeune fille, frais funéraires par piété, etc...), les tribunaux témoignent d'une certaine réticence à indemniser le demandeur. Cette prudence se manifeste plus nettement dans l'hypothèse des subsides, secours en argent ou en nature accordés bénévolement ou, du moins, sans recours contentieux à la lourde mécanique des articles 205 et s. C. civ. Le problème de l'exigence de l'atteinte à un droit se pose

(4) Principe de la liberté fondamentale qui doit régner jusqu'au consentement matrimonial définitif.

(5) Cf. *supra*, n° 11.

(6) Véritable droit pour certains auteurs, tel M. Dabin (*Le droit subjectif*, D. 1952, p. 31) ou simple « situation juridique objective réactionnelle » pour d'autres (Roubier, *op. cit.*, 1963, p. 73 et s.). Le « droit de ne pas souffrir par la faute d'autrui » est certainement au nombre de ces droits de la personnalité (Flour, Lic. 1re, 1959-1960, p. 398) sur la nature exacte desquels la doctrine s'interroge (Mazeaud, Leçons 1, p. 629 et s., 3e éd.).

ici avec acuité. Il s'agit du « terrain d'origine et d'élection » du débat (7).

47. — Il est impossible d'expliquer les solutions du droit positif par une formule juridique élémentaire Il est non moins impossible de suggérer, de *lege ferenda*, l'adoption d'un principe juridique sans s'être efforcé auparavant de disséquer une jurisprudence que les auteurs qualifient tantôt, par euphémisme, d' « un peu fluctuante » (8), tantôt, plus crûment, de « vague » et « fantaisiste » (9).

L'on sait que le dommage matériel par ricochet n'a donné lieu à de grands débats doctrinaux qu'au sujet de l'accident mortel et de l'hypothèse spéciale des subsides (10). Il est douteux que ce soit uniquement afin de « sacrifier aux mœurs doctrinales de l'époque » (11) que tant d'excellents esprits se soient, à diverses reprises, efforcés de discerner par voie de conjecture les intentions profondes des magistrats de la Cour de Cassation ou du Conseil d'Etat.

Une littérature juridique aussi abondante et d'une telle qualité suppose l'existence de problèmes fondamentaux. Elle eût été injustifiée s'il s'était uniquement agi d'élaborer une casuistique fondée sur le caractère plus ou moins certain ou plus ou moins

(7) Cornu et Foyer, *Procédure civile*, 1958, p. 296, in fine ; *Adde en ce sens* : Flour, Cours 1960-61, préc. p. 781 ; Le Balle, *La chose jugée*, Cours doctorat 1955, préc. p. 217-284 (Titre 2, *De l'action en justice*) ne traite guère concrètement que du préjudice réfléchi pour accident mortel en étudiant les diverses conceptions de l'action : droit en mouvement ou actions-compétence. Spécialement pp. 234 à 250 ; Raynaud, Cours 1961-62, préc. p. 488 : « *Cette question* (l'exigence de l'atteinte à un droit) peut se poser à propos de toutes sortes de préjudices, mais elle *s'est posée surtout en cas d'accident mortel* » ; Chapus, n° 450, texte et note 1 : « Le problème se pose *aussi* lorsque le demandeur se présente comme victime immédiate du fait dommageable, qui l'a atteint dans sa personne ou dans ses biens... hypothèse qui n'a pas donné lieu à des développements jurisprudentiels particuliers » ; Mazeaud-Tunc, t. I, n° 277 et s. (implicite : « Examen des applications courantes que fait la jurisprudence de ces expressions », n° 276, p. 346, in fine) ; Les auteurs qui ont étudié spécialement les conséquences de l'accident mortel l'admettent (par là-même, tout au moins) implicitement. C'est le cas notamment de MM. Perret, *op. cit.* (p. 23 et s.) ; Carbonnier, n° 173, p. 591 b et *op. cit.*, Rev. Soc. Jur. Bernois (p. 310) ; Savatier, n° 539 et s. ; J. Dabin, *op. cit.*, Belgique Judiciaire 1935, p. 528, col. 2 ; Rodière, *op. cit.*, p. 223 et s. envisage le problème à l'occasion de l'étude des « barrières juridiques » aux diverses actions nées par ricochet (n° 1604 bis et s., spécialement 1605.c).

(8) Morel, *op. cit.*, p. 25 ; Raynaud, Cours, *op. cit.*, p. 491 in fine (« fluctuations et retours ») ; Merle et Vitu, *op. cit.*, n° 721.

(9) Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 297, dernier § ; Comp. Flour, Cours II 1964-65, p. 625 (« La jurisprudence a toujours été et reste difficile à interpréter »).

(10) En ce sens : Flour, Cours II, 1964-65, p. 623 in fine.

(11) Rodière, J.C.P. 1953.2.7592. IV.

direct du dommage réfléchi invoqué (12). Au surplus, la doctrine s'est attachée à l'étude d'espèces relativement rares (13), voire d'hypothèses d'école, à tout le moins de cas limites tel celui d'un enfant adopté en fait sinon en droit par la mère de la concubine de son père (14) !

Au reste, les divers systèmes concevables abstraitement furent, tour à tour, consacrés par le droit positif. Par surcroît, de constantes incertitudes règnent du fait de contradictions de jurisprudence entre les divers ordres de juridiction et, plus précisément, au sein de l'ordre judiciaire entre les diverses chambres de la Cour de Cassation ou bien entre les diverses Cours d'appel (15). Aujourd'hui encore, certaines juridictions persistent imperturbablement à élaborer des jurisprudences contradictoires et s'ignorent mutuellement (16) en l'absence d'un juge commun et hiérarchiquement supérieur. Les justiciables font, en définitive, les frais de cette glorieuse incertitude du Droit de la Responsabilité Civile, laquelle ne semble même plus réjouir les spécialistes (17).

48. — La majorité des auteurs ne conteste pas que la matière soit excessivement fertile en revirements jurisprudentiels (18). Rares sont ceux qui ont cru pouvoir discerner une véritable Evolution (19), tant il est vrai que l'impression première est celle d'une jurisprudence incohérente et quelque peu aboulique. Efforçons-nous dans ce domaine de dévoiler et de systématiser, selon l'expression du doyen Savatier, « les métamorphoses que cache la continuité des textes » (20) ainsi que les raisons profon-

(12) En revanche, ceci est le cas s'agissant des prestations statutaires des grands services publics nationalisés où chaque prestation est minutieusement analysée. Les considérations pratiques — voire financières — l'emportent alors sur les problèmes de théorie juridique pure. Il ne semble pas que ces problèmes aient donné lieu à des efforts de systématisation juridique abstraite, comparables aux diverses dissertations qui suivirent par exemple la jurisprudence Rucheton.

(13) Fiancé tué accidentellement la veille des noces.

(14) Req. 2 fév. 1931, D. 1931.1.38, rapport Pilon, S. 1931.1.123, G.P. 1931.1.529, J.C.P. 1931.41. Cf. *infra*, n° 188, notes 5 et s.

(15) Voire le rôle du « hasard des Chambres » au sein d'une même Cour (Carbonnier, *op. cit.*, Rev. Soc. Jur. Bernois 1964, p. 310, note 2).

(16) *P. ex.* : Sur le problème de la réparation du dommage réfléchi de la concubine, comment concilier : Crim. 20 novembre 1962, D. 1963.S.49 ; Civ. 2e, civ. rej. 10 janvier 1963, D. 1963.404 ; C.E. 21 octobre 1955, D. 1956.139 ; Besançon, 29 janvier 1960, G.P. 1960.1.286 ; Paris, 25 février 1960, D. 1960.S.74 ; Paris, 22 mai 1963, G.P. 1963.2.779, etc... ? Cf J. Dupichot, note préc., J.C.P. 1968.2.15510 (I.A.).

(17) Cf. A. Tunc Avant-Propos de la 6e édition du Traité de Messieurs Mazeaud-Tunc.

(18) *Contra* : Savatier, *op. cit.*, n° 551, p. 119. Cet auteur minimise notamment l'importance du revirement de jurisprudence de 1937 (cf. note au D. 1938.1.5).

(19) Flour, Cours II, 1964-65, p. 625 ; Raynaud, Cours, pp. 489-491 ; *Evolution* : « Action de sortir en se déroulant » d'où au figuré « *développement d'une idée, d'un système* » *Littré*, abrégé par Beaujan, éd. 1959.

(20) Savatier, D. 1957, chron. p. 178 C.

des de ces mêmes métamorphoses. « Raison pure », si l'on envisage la critique des fondements du Droit de la Responsabilité, telle l'exigence de l'atteinte à un droit. « Raison pratique », si l'on envisage les objectifs de politique sociale que s'assignent plus ou moins consciemment les magistrats (21).

49. — En la matière, il fût toujours bien délicat de déterminer l'état exact de notre droit positif, en raison d'une multitude de contradictions et de décalages tant dans l'espace que dans le temps, entre les jurisprudences de nos diverses juridictions. Dès lors, est-ce témoigner d'un excès d'ambition et tomber dans « la manie de systématiser » (22), que de s'efforcer de dégager une évolution tant du droit positif que de la doctrine ? S'en remettre purement et simplement à la sagesse de diverses juridictions consiste à nier la possibilité d'une connaissance juridique ordonnée et d'une relative sécurité de la règle de droit pour les justiciables (23).

A notre sens, sans abuser en aucune façon de l'esprit de système, une *Evolution* se dessine aux yeux de l'observateur attentif. La *diversification* (24) *des demandes* constitue le fil d'Ariane susceptible de le guider à travers le labyrinthe du droit jurisprudentiel. Des formules juridiques, élaborées en un temps où les demandes émanaient *en fait* d'un groupe familial très restreint et cohérent, se révèlent, ultérieurement, inaptes à écarter des demandeurs et des chefs de préjudice que l'on n'avait aucunement envisagés. Les juges, nullement disposés à accueillir de telles demandes, témoignent de leur refus sous des modalités diverses. Le plus souvent, le juge du fond rejette la demande par une motivation banale et de pur fait. En ce cas, la décision échappe à l'attention du juriste et du sociologue, faute de publication dans les recueils et faute d'instrument statistique satisfaisant (25). Parfois, la demande est repoussée par une motivation juridique mais bâtie à la hâte et laissant ainsi prévoir un nouveau revirement (26). Enfin, l'on verra parfois les tribunaux rejeter une demande indésirable par une motivation de principe mûrie avec lenteur et nourrie de larges débats doctrinaux : Une

(21) Par exemple : Sied-il plutôt de lutter contre l'union libre que de pénaliser les chauffards impénitents ? Convient-il de préserver les deniers publics lorsque le responsable est un service public ?

(22) Dénoncée jadis par Barrès dans « l'Economie ».

(23) Voy. *Apologie pour les faiseurs de système* (Rivero, D. 1951, chr. 99).

(24) Qui ne se confond pas nécessairement avec la multiplication, avec le « raz-de-marée » de demandes. C'est une chose que d'admettre une seule action formée par un enfant adultérin de fait. C'en est une autre que de recevoir 35 demandes concurrentes émanées de descendants légitimes.

(25) P. ex. : Quel a pu être, en première instance, le nombre des demandes émanées de concubins avant 1937 ? Nul ne sait et nul ne le saura jamais.

(26) Crim. 18 juillet 1913, B. Crim. 1913, p. 692, n° 357 qui ne fit pas jurisprudence. (Comp. Crim. 1er août 1914, B. Crim. 1914, n° 357, p. 659).

telle jurisprudence, une fois adoptée, exclut tout nouveau revirement (27).... dans l'immédiat, du moins (28).

Le besoin de sécurité (29), voire de vengeance, se manifeste avec acuité lors d'une atteinte à l'intégrité corporelle (30). Ceci se traduit, qualitativement, par une diversification constante des catégories de demandeurs ou des chefs de préjudice invoqués et, quantitativement, par une multiplication des demandes. L'apparition d'une nouvelle catégorie de demandes peut, si les mœurs de l'époque estiment ces demandes abusives, provoquer des retours en arrière de la jurisprudence. Ces reculs restent généralement cantonnés au plan des principes et plus apparents que réels, sociologiquement (31).

Au surplus, les revirements de jurisprudence, lorsqu'ils témoignent d'une volonté de sévérité accrue de la part des tribunaux, sont rarement définitifs : La multiplication quantitative des demandes et les faux-fuyants utilisés par les juges du fond (concubine - fiancée -associé) ne manquent pas de faire pression sur la « digue » dressée par la Cour Suprême. Finalement, les mœurs ayant évolué, la jurisprudence revient à des solutions techniques plus libérales. Lorsqu'un revirement libéral s'opère, on peut en déduire que les magistrats ont longuement pesé leur décision (32). Ils entendent alors accueillir délibérément toutes les catégories de demandeurs qui peuvent se prévaloir des principes adoptés par la Cour Suprême, tant il est vrai que, en la matière, l'évolution à long terme s'opère *sociologiquement* à sens unique et tend à un libéralisme croissant.

Les formules libérales les plus récentes sont donc bien plus significatives que des formules plus anciennes même lorsque ces dernières revêtent techniquement un aspect analogue (33). Les

(27) Civ. 27 juillet 1937, S. 1938.1.321 ; Civ. 2e, 10 janv. 1963, D. 1963. 404.

(28) Crim. 13 février 1937, D. 1938.1.5 (Comp. Crim. 24 février 1959, J.C.P. 1959.2.11095 et Crim. 20 novembre 1962, D. 1963.S.49).

(29) Morel, *op. cit.*, p. 9 et s. ; Viney, *op. cit.*, p. 5 ; Mazeaud-Tunc n° 151 et s. Bibliographie citée en note 1 relativement à l'obligation de sécurité ; Savatier, D. 1955, chr. p. 5 et s., *op. cit.*

(30) Esmein : *Transporteurs, veillez sur nous* (D. 1962, chr. 1) Tunc, Rev. Tr. Dr. Civ. 1963, p. 551, n° 9, in fine.

(31) Nous relèveront ultérieurement la multiplication des « fiancées » et des « associées de fait » après les arrêts de Civ. 27 juillet 1937 et Crim. 13 février 1937 préc.

(32) Crim. 13 février 1937 et Crim. 24 février 1959 préc. (soit plusieurs décennies entre les deux revirements).

(33) *Contra* : p. ex. Savatier, n° 550. Mais Crim. 20 février 1863, D. 1864. 1.99 et 31 octobre 1930, S. 1931.1.145 ne nous semblent pas appartenir à une même phase historique de notre droit positif (cf. *infra*).

En notre sens, avec des nuances : Flour, Cours II, 1964-65, p. 629, § 3. Andrieux, Concl sous C.E. 11 mai 1928 au D.P. 1929.3.8, col. 1 (Jurisprudence Crim. 1926 se rattache à Crim. 1863, « bien que, sans doute, *les magistrats de l'époque eussent été choqués de cette conséquence* », à savoir l'indemnisation d'une concubine).

« attendus de principe » anciens furent formulés en un temps où le cercle des demandeurs se restreignait de lui-même du fait d'une plus grande pudeur. Les demandeurs, à l'origine, disposaient, presque toujours, d'une créance alimentaire au moins éventuelle. Ils étaient, le plus souvent, assistés bénévolement et avec constance dès avant l'accident et, de plus, héritiers *jure sanguinis* du fait de l'accident.

Par la suite, apparurent des demandes formées par des parents éloignés et, surtout, par des membres de la « *domus* » du défunt, très proches biologiquement ou sentimentalement mais ne justifiant pas d'un lien juridique de parenté ou d'alliance : enfants naturels non reconnus, grand-parents naturels, enfants adoptifs de fait, concubine, etc...

50. — Outre cette diversification des catégories de demandeur, un second élément doit être pris en considération à savoir, la diversification croissante des juridictions appelées à connaître des pourvois en cette matière. Jusqu'à la découverte de l'article 1384 § 1 C. civ., la Chambre Criminelle fut pratiquement le seul juge de cassation puisque l'application des articles 1382 et 1383 C. Civ. suppose qu'une imprudence soit établie. Ultérieurement, la Chambre Civile et la Chambre des Requêtes jouèrent un rôle croissant en raison du développement de la responsabilité du fait des choses (34). Depuis la loi du 22 juillet 1947, l'unité de la Chambre Civile est fictive et nous avons déjà relevé des divergences de vues entre ses diverses sections (35). Enfin, même si « la jurisprudence du Conseil d'Etat ne s'éloigne pas de celle de la Cour de Cassation autant qu'on le croit en général » (36), depuis l'arrêt Blanco (37), une théorie autonome de la responsabilité administrative de droit commun s'est progressivement organisée sous l'égide du Conseil d'Etat.

On s'accorde à reconnaître que « le juge est un homme et non pas une machine à syllogismes » et qu'il tranche « autant qu'avec sa connaissance des règles et sa logique, avec son intuition et sa sensibilité » (38). Précisément, la « sensibilité intuitive » de ces diverses juridictions est éminemment variable d'où de fréquents conflits de jurisprudence que ni le Tribunal des Conflits (39),

(34) Pratiquement apres 1930 (auquel cas il y aura responsabilité civile sans infraction pénale). A nuancer toutefois dans la mesure où la jurisprudence admit la dualité des fautes civiles et pénales jusqu'en 1912 (B.G. : Bouzat, n° 121 et s.).

(35) Recours des débiteurs de prestations par ex.

(36) Recueil des arrêts du C.E., Préface t. 1, p. VIII, 1839, citée par Chapus en exergue (p. 17) ; Voy. également : Jean Waline, Th. Paris 1962.

(37) Trib. Conflits 8 février 1873 (D. 1873.3.17, S. 1873.3.153, Grands arrêts Long-Weill, n° 1).

(38) Carbonnier, t. I, n° 4, p. 18, éd. 1960, Cf. également n° 5. B.G.

(39) Juge du fond en cas de conflit de décisions (Loi du 20 avril 1932).

ni les Chambres Réunies (ou la nouvelle Assemblée plénière) ne semblent avoir eu l'occasion de trancher (40).

51. — Sans méconnaître ce que toute entreprise analogue recèle d'arbitraire et sans prêter au Droit une rigidité qui n'est pas dans sa nature (41), il semble que dans notre étude évolutive du droit positif relatif au dommage matériel (42) réfléchi, nous puissions distinguer quatre périodes.

Tout d'abord, une période qui mène de la codification napoléonienne au début de ce siècle Cette phase historique constitue une transition avec l'Ancien Droit, d'une part et avec le Droit moderne, que marquent le besoin de sécurité et la multiplication des demandes, d'autre part. Le droit positif est alors presque exclusivement contenu dans le Bulletin des arrêts de la Chambre Criminelle (43). Il s'agit d'une phase de transition, donc de tâtonnements ; elle se caractérise par un libéralisme des formules abstraites mais une limitation très étroite, en fait, de la liste des ayants droit (Section 1).

A partir de 1913, se multiplient les actions formées par des non-parents, notamment des concubines. Ceci suscite de vives controverses doctrinales et des divergences jurisprudentielles vu l'importance croissante que revêtent alors les jurisprudences administrative et judiciaire civile (Section 2)

A cette période, marquée par un libéralisme tempéré, succède, en 1937, une jurisprudence très restrictive. Les tribunaux judiciaires et administratifs s'accordent alors afin d'exclure certains demandeurs jugés a priori indésirables par le « revêtement juridique » (44) de l'exigence d'un droit acquis d'où un recul de la liste des ayants-droit (Section 3).

Diverses incohérences pratiques résultèrent de cette position de principe. Aussi, une double évolution, de tendance libérale, se fait-elle jour à l'époque contemporaine : libéralisme dans les formules juridiques abstraites et libéralisme dans les faits au niveau des juges du fond. La période contemporaine témoigne également et fort regrettablement d'une exaspération de l'esprit

(40) Le rôle coordinateur des Chambres Mixtes nécessairement plus limité est d'une efficacité douteuse (cf. *supra*, n° 30 et s.).

(41) J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, (1908) ; B.G. : cf. Carbonnier, t. I, n° 5.

(42) Les phénomènes d'interférence avec la réparation du dommage moral réfléchi sont constants.

(43) La consultation des tables du bulletin civil de 1806 à 1880 (aux mots « dommage » et « responsabilité » ne révèle, sauf omission toujours possible, aucune décision digne d'intérêt (Les accidents de chemins de fer multiplient les litiges après 1865 mais il s'agit de transports de marchandises).

(44) Carbonnier, t. I, n° 6, p. 23.

d'indépendance entre nos multiples cours « suprêmes » (45). (Section 4).

Telles sont les quatre phases de l'évolution de notre droit positif. Elles seront étudiées successivement dans le dessein d'exposer le mouvement d'ensemble qui les régit et de mieux en pressentir les développements futurs. Comme le relève le doyen Savatier (46), le « recul du droit romain » dans la filiation de notre droit, s'est étonnamment accéléré à l'époque contemporaine et, sans contester l'utilité éventuelle d'une recherche approfondie, il semble inutile de l'évoquer dans le cadre de cette étude. En revanche, le droit de l'ancienne France est éminemment instructif. Nos anciennes coutumes, par leur « *vetustas* », par la force de l'habitude, reflètent les données permanentes du caractère national et les aspirations populaires (telle l'idée de vengeance) qui, par delà la codification napoléonienne, imprègnent l'interprétation jurisprudentielle des textes législatifs.

(45) Conseil d'Etat, Cour de Cassation (6 Chambres), Tribunal des Conflits, Conseil Constitutionnel.

(46) Métamorphoses, 2e série 1959, n° 329, p. 321.

SECTION I

DE L'ACTION CRIMINELLE PRIVEE A L'ACCEPTATION SINCERE DES PRINCIPES DU CODE NAPOLEON

52. — Il était si usuel jadis de louer la modération et l'esprit de transaction des rédacteurs du Code (1) que l'on peut légitimement craindre de reprendre à son compte cette « idée reçue ». Pour vieilli qu'il soit aujourd'hui (2), notre Code fût, en son temps, révolutionnaire (3). Il sut toutefois préserver nos institutions coutumières dans la mesure où elles n'étaient point contraires aux conceptions libérales et égalitaires consacrées par la Révolution.

Sans s'écarter de l'objet de cette étude l'on conviendra, avec l'ensemble de la doctrine (4) que la codification napoléonienne bouleversa les principes qui gouvernaient dans l'ancienne France la recevabilité des actions en dommages-intérêts provoquées par un accident mortel.

La distinction définitive des responsabilités civile et pénale contredit la notion de « *réparation civile* » de nos anciens auteurs. L'on sait que cette notion recouvrait tout à la fois la réparation du dommage et la peine privée. Au « prix du sang » réservé à la proche famille, succède une indemnité compensatrice d'un préjudice pécuniaire. Le passage d'un idéal aristocratique à un idéal bourgeois et volontiers mercantile est ici particulièrement topique. Aussi bien, l'opposition entre le régime de l'action criminelle privée et celui de l'action en réparation du préjudice matériel réfléchi fondée sur l'article 1382 C. civ. est-elle absolue au plan des principes.

En revanche, si l'on examine l'effectivité des nouvelles normes,

(1) Cf. en ce sens diverses études dans « Le livre du centenaire du C. civ. », (1904) ; Ripert et Boulanger, t. I, n° 112, p. 53 et s.

(2) Marty et Raynaud, t. I, n° 71, p. 122.

(3) Carbonnier, *op. cit.*, t. I, éd. 1960, p. 46 : « Le souffle » qui anime le Code vient de la Révolution ; Flour, Cours, 1re année 1963-64, p. 135.

(4) Mazeaud-Tunc, t. I, n° 34, in fine et n° 42.

il semble que, en dépit des fondements juridiques inconciliables de la « réparation civile » d'une part, et de l'action fondée sur l'article 1382 C. civ., d'autre part, deux éléments aient contribué à assurer un glissement évolutif puis une compénétration des anciens et des nouveaux principes bien plus qu'un véritable affrontement.

En premier lieu, ces réformes avaient été préparées par un long travail de doctrine, auquel les juristes de l'ancienne France avaient largement contribué en préparant les esprits à la notion d'un principe général de responsabilité civile (5), esquissé dès le XVII[e] siècle dans l'œuvre de Domat (6), du moins pour les atteintes aux biens (7).

En second lieu, la législation la plus novatrice ne saurait ignorer totalement le « donné réel », en l'occurence, les mœurs qu'elle prétend réformer et, au premier chef, les habitudes de magistrats

(5) MAZEAUD-TUNC, n° 34 et suiv. ; OURLIAC et MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 394 et s. ; DEMOGUE, in *De la réparation civile des délits*, p. 9-10, place au XII[e] siècle les premières manifestations d'une séparation de la réparation et de la peine (coutumes du Sud-Ouest) ; GUYOT, Répertoire Universel, éd. 1785, t. VI, V° « Dommages-intérêts ».

(6) Domat semble avoir posé un principe général de responsabilité civile fondée sur la faute involontaire. Les textes sont formels ; notamment le passage fameux (Les lois civiles, *op. cit.*, Livre II, Titre VIII, Section IV, § 1, p. 210, col. 2) : « Tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu... ». Il semble également que Domat ait considéré que quatre types de fautes étaient de nature à engager la responsabilité civile de leurs auteurs, à savoir :

1) Faute pénale (« Fautes qui vont à un crime ou à un délit », *op. cit.*, Livre 2, t. VIII, p. 205, éd. de Héricourt 1777).

2) Faute contractuelle (« Celle des personnes qui manquent aux engagements des conventions », L. 2, t. VIII, p. 205) qui se subdivise elle-même en faute involontaire et en faute dolosive (Livre III « Des suites qui ajoutent aux engagements ou les affermissent ». Titre V, p. 258, col. 2 : « On peut distinguer les dommages par une autre vue, selon l'intention de ceux qui les causent. Quelques-uns sont des effets d'un mauvais dessein ; d'autres arrivent... seulement par négligence ou même par l'impuissance d'exécuter quelque engagement ».

3) et 4) Faute quasi-délictuelle ou délictuelle engageant ou non concurremment la responsabilité pénale de son auteur : « n'ont point de rapport aux conventions et ne vont pas à un crime ou à un délit », *op. cit.*, p. 205.

En revanche, *il semble moins certain que Domat ait « posé dans toute sa généralité le principe de responsabilité civile »* (MAZEAUD-TUNC, t. I, p. 46 in fine, 5[e] éd. Le texte cité visant exclusivement la responsabilité contractuelle). Il semble, bien au contraire, que Domat ait *cloisonné l'étude des régimes de responsabilité* issus de ces divers types de fautes (Introduction, Livre 2, Titre VIII, p. 205, col. 2, cité dans MAZEAUD-TUNC, t. I, p. 46, lignes 13 à 17. Cf. les extraits de Domat précités). Il est vraisemblable que ces régimes restaient différents spécialement en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle.

(7) MAZEAUD-TUNC n° 36, t. I.

et d'auteurs formés antérieurement (8). L'évolution ou, plutôt, la « conversion » de ce donné réel psycho-social ne pouvait être que fort progressive. La disparition rapide des juristes formés aux disciplines de l'Ancien Droit était, certes, inéluctable (9). Mais, en l'absence de profondes modifications économiques ou démographiques de 1788 à 1830 environ (10), l'évolution des mœurs dont l'action criminelle privée constituait le reflet fut beaucoup plus lente. L'application des nouveaux principes en fut donc tempérée.

Il convient donc de rappeler, tout d'abord, le dernier état de notre Ancien Droit et son influence considérable à l'aube de notre Droit Civil moderne Par la suite, vers 1870, des juges, formés à l'étude exégétique du Code et plus détachés de notre ancienne jurisprudence, élaboreront des principes nouveaux en tenant compte tant du Code que de profonds bouleversements des mœurs (Civilisation urbaine, machinisme, esprit matérialiste, etc...).

§ 1. — DE L'ACTION CRIMINELLE PRIVEE ET DE SON INFLUENCE A L'ORIGINE DU DROIT CIVIL MODERNE.

53. — Le droit pénal de l'ancienne France substitua, dès le XVII[e] siècle, la peine publique à la vengeance privée (1) ainsi qu'en témoigne la formule célèbre de Argou (2). En revanche, « la vengeance privée, tenace et inexpiable pour les atteintes à l'intégrité corporelle » (3) subsistera dans ce domaine jusqu'en

(8) Que l'on songe à l'étonnante personnalité de Merlin de Douai (1754-1838) : Praticien d'ancien régime, ministre révolutionnaire et Procureur général sous l'Empire. Napoléon ne crut-il pas « son Code perdu » à la lecture du commentaire de Malleville ? (cité par RIPERT-BOULANGER, I, éd. 1956, p. 162, note 2).

(9) ...et regrettable (en ce sens : CARBONNIER, *op. cit.*, p. 125).

(10) Les économistes contemporains, toute mystique révolutionnaire mise à part, admettent que, de 1790 à 1830, du fait des troubles de la Révolution et des guerres impériales, la Révolution Industrielle stagna en France et connut un recul relatif considérable par rapport à la Grande-Bretagne (Voy. p. ex. J. MARCHAL, *Economie Politique*, 1953, éd. Médicis, p. 62 et la Bibliographie citée).

(1) BOUZAT et PINATEL, t. I, p. 36, n° 25, 1963 ; FLOUR, Droit criminel. Cours 1955-56, p. 26 ; STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, t. I, p. 63, éd. 1965.

(2) Institutes coutumières, L. III, Ch. 38 : « La vengeance est défendue aux hommes et il n'y a que le Roi qui la puisse exercer par ses officiers ».

(3) LEVASSEUR, dans STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 59, p. 55, éd 1965.

(4) B.G. : GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, éd. 1785, spéc. t. XV, p. 193 et s. (V° Réparation civile) ; également t. XV, p. 216 (V° Réparation d'honneur) ; DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, t. IV, éd. 1771, V° Réparation civile (spécialement n[os] 3, 4 et 17) ; JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, t. I, éd. 1771 (« De l'action criminelle privée », pp. 586 et s. et spécialement n[os] 67, 69) ; de FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit*, éd. 1771, t. II, p. 553 ; A. GIBOULOT, note au D.P. 1872.2.97 et s. sous

1789. Elle laissera des traces évidentes dans la jurisprudence de la première moitié du XIX^e^ siècle, et des traces plus discrètes dans le droit contemporain.

> « Dans les crimes, on appelle le dédommagement un intérêt civil, qui n'est que la même chose que les dommages et intérêts ; mais on se sert de ce mot d'intérêt civil, pour distinguer ce dédommagement des autres peines qu'on impose aux crimes ».
>
> (DOMAT, *op. cit.*, L. 3, T. 5, p. 259).

I. - *De l'action criminelle privée sous l'Ancien Droit* ·

54. — L'action criminelle privée (4), institution hybride (5), de notre vieux fonds coutumier échappe aux catégories du droit civil. L'on peut toutefois s'efforcer d'en préciser la nature par rapport aux catégories modernes. S'agissait-il d'une action plutôt criminelle ou plutôt privée ? Etait-elle intentée du chef de la victime immédiate ou bien en réparation d'un préjudice subi par ricochet ? Englobait-elle les divers éléments du préjudice matériel réfléchi, ainsi que des éléments moraux (6) ? Telles sont les questions auxquelles nous nous efforcerons de répondre, bien imparfaitement, il faut le dire En effet, l'étude de l'Action Criminelle privée, à partir de nos anciens auteurs mais au regard de nos conceptions modernes, ne semble pas avoir été faite par la doctrine.

55. — L'action criminelle privée est une action civile pour infraction criminelle, ouverte, en cas d'homicide, aux proches de la victime. Est-ce une simple action en responsabilité civile intentée devant les juridictions criminelles ? Présente-t-elle au contraire un caractère pénal plus ou moins accentué ?

La justice publique peut certes être mise en mouvement par les personnes lésées à qui l'on interdit de « se faire justice » à elles-mêmes mais non de « demander justice » (7). Il en est ainsi dans notre droit pénal moderne (art. 1^er^, § 2, c. pr. pén. : L'action

Aix, 14 juin 1870 ; ESMEIN, note au S. 1924.1.153 sous Req. 10 avril 1922 ; MAZEAUD-TUNC, t. I, p. 44 et s. (n^os^ 34, 35 et 41), 5^e^ éd.

(5) Vu ce caractère hybride, l'exposé sommaire de l'action criminelle privée eût pu trouver place en divers points de cette étude, notamment à l'occasion du préjudice moral. Toutefois, il convient plutôt de l'aborder au seuil de l'étude du préjudice matériel par ricochet. En effet, cette institution est le « tronc commun ».

(6) Ou « extrapatrimoniaux » pour employer la terminologie plus compréhensive de M. Givord (*op. cit.*, n° 1, p. 8).

(7) LEVASSEUR dans STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 59 1°.

publique « peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée »). Il en allait de même dans l'Ancien Droit (8).

En revanche, dans le cadre de la Justice publique, l'action répressive, devenue action publique, ne saurait être entravée par une transaction intervenue entre le prévenu et la partie lésée. Tel est le cas en droit pénal contemporain (art. 2, § 2, c. pr. pén.). Or, le droit pénal de l'ancienne France, très proche encore de la justice privée, connaissait une règle de principe opposée, s'agissant du moins de crimes non capitaux n'entraînant pas de peines afflictives, ce qui était le cas pour l'homicide involontaire. L'article 19 du titre 25 de l'ordonnance criminelle de 1670 (9) disposait que la renonciation de la victime arrêtait l'action publique ainsi que l'action civile (10).

Bien plus, il est une caractéristique fondamentale de la justice publique : le monopole de la peine. Qu'elle recherche la prévention, l'expiation ou l'amendement, la peine constitue une sanction sociale, distincte par son essence de la sanction du dommage privé (11). En ce sens, l'action criminelle privée résultant de l'homicide se différencie substantiellement de l'action civile moderne dont l'objet n'est ni une peine ni une mesure de sûreté, mais l'obtention de dommages-interêts en compensation d'un préjudice (12). La plupart des auteurs de l'ancienne France témoignent du but pénal de leur « réparation civile » : Il s'agit du « prix du sang », de la « vengeance du meurtre commis » (13) ou bien encore, selon la coutume de Cambrai, de la « paix d'un homicide » (14). Cette dernière expression évoque, dans son archaïsme, le *fredum franc* (15). Selon le répertoire de Guyot, *la réparation civile « participe de la dette et de la peine »* (16) ; ce caractère mixte de l'objet de la réparation civile est fondamental. C'est ce qu'exprime également Denisart : « La réparation civile est, du côté de l'offensé, la réparation d'un dommage qui ne s'estime pas ; du côté du condamné, elle est la peine que

(8) « Les particuliers intéressés dans les crimes ou dans les délits peuvent poursuivre ou ne pas poursuivre, comme bon leur semble : mais lorsqu'ils poursuivent, l'officier public *doit* leur être joint... » (Domat, *op. cit.*, Le droit public, L. 3, t. I, p. 199).

(9) Sur cette ordonnance : A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, (1882, p. 180 et s.).

(10) Stefani dans Stefani et Levasseur, *Procédure pénale*, éd. 1962, n° 194, 2°, p. 193 ; P. Esmein, S. 1924.1.153, col. 3 préc.

(11) Stefani et Levasseur, *op. cit.*, n° 66, 3°, p. 63, éd. 1965.

(12) Stefani précit. 1962, n° 97, p. 85 ; Bouzat et Pinatel, *op. cit.*, 1963, t. II, n° 967 et 968 ; Réserve faite du phénomène de l' « autonomie du droit pénal ».

(13) Cité dans Mazeaud-Tunc, t. I, n° 35.

(14) Art. 16, titre 22, cité par Denisart, *op. cit.*, t. IV, « V° Rép. Civile », n° 7.

(15) ... « c'est-à-dire argent de la paix » (Olivier-Martin, *Histoire du Droit Français*, 1951, n° 45).

(16) « V° Réparation Civile », p. 193, t. XV.

mérite un délit grave » (17). Cette « réparation d'un dommage qui ne s'estime pas », est bien une peine privée car qui dit réparation dit estimation. En outre, Denisart admet que cette sorte d'amende pénale soit perçue par les offensés (18).

En conclusion, l'action criminelle privée dont l'objet est cette « réparation civile » revêt un aspect pénal certain qui la différencie fondamentalement de l'action civile moderne

56. — L'action criminelle privée présente également un caractère mixte si l'on cherche, en cas d'homicide, à déterminer son caractère « successoral » ou bien « personnel ». Le débat ne semble pas avoir concerné la doctrine ancienne. Toutefois, il est incontestable que là encore la réparation civile était irréductible à nos catégories contemporaines.

Pour l'essentiel, la détermination « de ceux à qui s'accorde la réparation civile » (19) en cas d'homicide semble s'inspirer d'une idée successorale. Selon Jousse, il s'agit, en principe, d'un « héritier qui *succedit in personam* » (20). De même, la coutume de Cambrai accordait « *moitié à la veuve, et l'autre moitié aux hoirs plus prochains* de l'homicidé s'il était marié ; autrement le tout appartient à sesdits hoirs » (21). Il semblerait donc que la veuve recueillait la moitié comme part de communauté, mais d'autres indications infirment l'hypothèse d'une action successorale intentée du chef de l'homicidé.

De fait, la femme non commune ou bien renonçante ainsi que les enfants non héritiers y ont part (22) car « *il y a des cas où il n'est pas nécessaire d'être héritier de l'offensé* pour pouvoir exiger une réparation civile, pour raison du crime qui a donné lieu à l'offense ; *ce qui arrive lorsqu'on souffre d'ailleurs un dommage* par ce crime... » même dans le cas où l'enfant ne serait qu'un enfant naturel et non légitime (23). Ce dernier point est d'autant plus frappant que *les bâtards* (24) n'appartiennent à aucune famille : Ils « ne succèdent point », d'une part et, ne disposent d'aucun droit subjectif bien déterminé dont ils puissent invoquer la lésion, d'autre part. Bien plus, « les deniers provenant de la paix d'un homicide ne sont sujets à payer les dettes de l'occis »

(17) « V° Réparation Civile », t. IV, n° 3, éd. 1771.

(18) Cf. n° 17 où il relève que cette réparation civile est très différente des dommages et intérêts.

(19) Guyot, t. XV, p. 193, § 1 intitulé.

(20) Jousse, t. I, p. 586 et s., n° 67-10°, éd. 1771.

(21) Art. 16, titre 22 préc.

(22) Denisart, n° 6 : « *L'action ne suit point l'ordre des successions* et... » ; Loysel, L. 3, t. 3, n° 22.

(23) Jousse, n° 69-11° (même sens : Denisart, n° 6, *op. cit.*) ; Comp. avec le brocard : « *Fils unique, fils légitime* » (Œuvre de Cochin, t. I, p. 587, éd. 1751).

(24) B.G. : Ripert et Boulanger, t. IV, 1959, n°s 1661 et 1662.

(25). Cette solution implique donc que les deniers ne font pas partie de l'actif successoral.

Il s'agit donc d'une action intentée plutôt par ricochet que du chef de l'occis. Le fondement de cette action réside dans la lésion d'un droit très générique et bien vague puisqu'elle est accordée, « *jure sanguinis* (26), à ceux qui étaient attachés à l'offensé par les liens les plus étroits » (27). Ce dernier point nous conduit à nous demander si l'action criminelle privée tendait à la « satisfaction » d'un dommage patrimonial ou à celle d'un dommage moral.

57. — La réparation civile là encore présente un caractère mixte mais l'aspect extrapatrimonial (28) l'emporte nettement. La *veuve remariée* participe aux deniers (29) même si son niveau de vie n'a pas été affecté. Qui plus est, la réparation d'un préjudice découlant de l'interruption de secours antérieurs à l'homicide, « ne peut se demander que par occasion sur l'action criminelle » (30). En outre, la veuve (ou l'héritier) qui négligerait ce *devoir* sacré de vengeance, encourt la déchéance de son droit au douaire ou de sa vocation successorale (31).

En somme, à côté de la « réparation d'honneur » (32), l'objet de l'action criminelle privée recouvrait, en cas d'homicide, le préjudice résultant de l'atteinte aux sentiments d'affection et, « par occasion » le préjudice matériel réfléchi. La codification napoléonienne supprima cette institution hybride. Son souvenir n'en a pas moins influé sur l'élaboration du Droit civil moderne. Au XIX[e] siècle, en l'absence d'une réparation du préjudice d'affection, la tradition de vengeance familiale cherche un exutoire, « par occasion », sur le plan du préjudice matériel par ricochet (33).

(25) Art. 16, t. 22, coutume de Cambrai précité. (Adde : JOUSSE, t. III, p. 540, cité Esmein, S. 1924.1.153, col. 3).

(26) JOUSSE, *op. cit.*, n° 69.11°.

(27) DENISART, préc., n° 6.

(28) S'agissant de vengeance, peut-on parler de « moral » ?

(29) De FERRIÈRE, t. II, p. 553 : « Il n'y a point de loi qui l'oblige de demeurer en viduité pour être capable de participer aux deniers de cette réparation ».

(30) JOUSSE, t. III, p. 564 (cité Esmein, S. 1924.1.153, col. 3, 5°).

(31) JOUSSE, t. III, p. 545 (cité Esmein, préc. 3°).

(32) La « réparation d'honneur » qui correspond sensiblement au préjudice moral résultant de l'atteinte à l'honneur, au patrimoine social, etc..., revêtait un caractère pénal certain. Voy. GUYOT, *Réparation d'honneur*, t. XV, p. 216. Adde : Voy. DOMAT, *Le Droit Public*, L. 3, t. I, *op. cit.*, p. 197, développements sur « ce bien qu'on appelle honneur et qu'on estime au-dessus des autres ». Cf. *infra*, n° 165.

(33) Une tendance inverse se dessinera au XX[e] siècle (Ex. Tr. Civ. Carcassonne, 4 janvier 1923, D. 1924.2.35. En l'absence de tout préjudice matériel, le juge cherche à « forcer la note » au plan du pretium affectionis.)

II. - *Des séquelles de l'action criminelle privée de 1804 à 1885 :*

58. — « Le droit positif n'est jamais qu'une résultante ; il n'est autre que la conséquence, le reflet de l'état politique, des conditions économiques, de la mentalité morale et religieuse d'une société déterminée au cours de son développement » (1). Cette formule abstraite se vérifie ici.

Le donné idéal représenté par la morale familiale traditionnelle n'est pas bouleversé par la seule promulgation des divers codes napoléoniens. En revanche, les principes juridiques sont substantiellement modifiés : l'aspect pénal s'estompe. Les dommages-intérêts constituent désormais une simple « réparation qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert» (2). Le préjudice extrapatrimonial n'est, semble-t-il, pas juridiquement réparable (3). Enfin, vu la généralité des termes employés par l'article 1382 du Code Civil (« autrui ») et l'article 1^er^ alinéa 2 du Code d'instruction criminelle (« tous ceux qui ont souffert »), — généralité qui n'échappa pas aux premier Grands Commentateurs (4) — il paraît vain de s'interroger sur le caractère successoral ou familial de l'action en indemnité intentée par les victimes médiates.

Les mœurs et les usages judiciaires s'amalgament progressivement aux principes abstraits nouveaux tout en les marquant de leur empreinte durant une période qui court de 1804 à 1870 environ (5). Par la suite, les souvenirs de l'Ancienne France s'estompent rapidement (6).

A - *Du maintien de l'idée de vengeance familiale dans le cadre des principes nouveaux (1804-1870 environ).*

59. — Au cours de cette période, la réparation du préjudice matériel (7) réfléchi conserve, en fait, un caractère pénal. Elle n'est donc accordée qu'à la proche famille. En 1876, la doctrine

(1) Lévy-Ulmann (Bull. mens. soc. leg. comp. avril-juin 1934, p. 317, cité par Beucher, *op. cit.*, p. 125) ; Comp. Ripert, *Le régime démocratique*, *op. cit.*, n^os^ 7 et 8.

(2) Tarrible (Locré t. XIII, p. 58, n° 19 : Corps législatif 19 pluviôse an XII).

(3) Sur le dommage moral : Mazeaud-Tunc I, n° 302, p. 401, 5^e^ éd. ; Givord, p. 14 ; Jurisprudence fixée dans le sens positif vers 1833, mais beaucoup plus tardivement pour le préjudice moral d'affection (Rapport Nouguier devant Crim. Rej. 20 février 1863, D. 1864.1.99 et surtout Crim. 8 août 1908, B. n° 353, p. 661).

(4) Duranton, éd. 1842, t. XIII, n° 702, p. 721.

(5) Cette période correspond sensiblement à la première phase de l'Histoire Générale de la Responsabilité Civile selon MM. Mazeaud et Tunc (I, n° 56-2).

(6) Quant à l'indemnisation du préjudice *matériel* réfléchi, du moins.

(7) Aspect de la vengeance même sur le plan matériel avant 1789 (Cf. Esmein, S. 1924.1.153, § 1).

spécialisée persiste à enseigner que l'action civile est intentee « *jure sanguinis et ex vindicta* » (8). L'étude du droit positif vérifie cette proposition. L'objet ultime de l'action consiste dans la poursuite du responsable. Cette poursuite est exercée au nom de la Famille. Plus qu'un droit, elle constitue un *devoir* fondé tout à la fois sur le parentage et le respect dû au mort (9). Doctrine et jurisprudence en témoignent.

60. — Les formules employées par les auteurs de l'époque sont ambiguës et contradictoires. Elles révèlent que l'action en réparation du préjudice matériel réfléchi fondée sur l'article 1382 C. Civ. conserve sinon un aspect pénal proprement dit, du moins un aspect de pénalité (10). Les auteurs tiennent à imposer le paiement d'intérêts civils par l'auteur responsable. En revanche, le problème dit de la « liste » des victimes par ricochet, leur est indifférent. Le risque d'un raz-de-marée d'actions ne fait qu'effleurer leur esprit.

Les auteurs contemporains les plus éminents enseignent aujourd'hui que la responsabilité civile fût « dégagée de toute idée de peine » (11) par la promulgation du Code Civil. Pour leur part, les auteurs de l'époque, faute de recul nécessaire, témoignent d'une doctrine moins assurée et plus nuancée. Pour Laurent, juriste qui — selon l'expression de Ripert — « regardait fonctionner la machine » (12), « la réparation à laquelle l'auteur du fait dommageable est condamné est une *peine civile* » (13). Les meilleurs esprits de l'époque lui font écho.

C'est ainsi que Merlin de Douai reconnaît un caractère parapénal aux dommages-intérêts (14). Il est plus étrange encore de relever diverses incertitudes dans le Traité de Sourdat : L'expression « peine » y est fréquemment employée pour désigner les dommages et intérêts (15). Le concept de « réparation » y est écarté, au profit de celui de « complément de satisfaction exigé

(8) Sourdat, *op. cit.*, 3e éd. 1876, t. I, n° 54, p. 41.

(9) Voyez sur cette idée pour expliquer le droit positif contemporain : P. Esmein, *Le culte des morts*, Mél. Dabin, p. 541 et s. ; Carbonnier, *op. cit*, Rev. Soc. Jur. Bernois 1964, p. 317.

(10) Terme plus générique que peine (Cf. Littré).

(11) Mazeaud-Tunc, I, n° 61, p. 72 ; Adde : Demogue, Rép. civile, *op. cit.*, p. 12. *Contra* : Idées dévelopopées par M. Starck à partir de l'expression populaire « juste colère » (*op. cit.*, p. 372 et s.). Le professeur Tunc reconnaît, au demeurant, la fonction sociale de la gifle... au sein d'une nation querelleuse (*Sécurité routière, op. cit.*, n° 72).

(12) *Le Régime démocratique .., op. cit.*, n° 8.

(13) *Op. cit.*, t. XX, n° 530, p. 573, in fine. Il cite à l'appui de sa thèse : Liège, 20 février 1810 (D. V° Responsabilité, n° 190).

(14) *Questions de droit, op. cit.* Tables 1828, édit. Rondonneau. Voyez « Compensation. IV. Quest. ».

(15) *Op. cit.*, p. ex. p. 23, n° 29 2° et note 3 pour la jurisprudence citée (Condamnation au profit des pauvres... « moyen détourné et illégal d'aggraver la peine »).

du coupable » (16). Enfin, s'agissant du dommage mortel, cet auteur se réfère explicitement aux principes de l'ancienne France. En cas d'homicide par imprudence, les héritiers de la victime « puisent leur droit dans le préjudice qu'ils éprouvent directement. Ce n'est pas en qualité d'héritiers qu'ils agissent... Ainsi, peu importe qu'ils aient ou non succédé aux biens »... Ils agissent « *jure sanguinis et ex vindicta* » (17)

L'influence de la « réparation civile » sur l'esprit des pénalistes est manifeste. Ces derniers établissent un ordre hiérarchique entre les diverses parties civiles éventuelles (18).

Certes, à l'issue de cette période, certains auteurs vitupèrent un « arbitraire emprunté à l'Ancien Droit » et invitent les tribunaux à témoigner de plus d'égards au texte des articles 1382 C. Civ. et 1er C. inst. crim. (19). Ce n'est là qu'un vœu pieux. L'étude de la jurisprudence va confirmer la persistance de cet arbitraire, si caractéristique de la poursuite pénale.

Contraintes à un respect apparent des textes par le légalisme révolutionnaire, les Cours visent constamment les textes nouveaux. Elles leur témoignent une déférence certaine, voire naïve (20). Toutefois, sans contredire explicitement la codification, les juges du fait conservent à la réparation du dommage mortel un double caractère hérité de l'ancienne France. Il s'agit d'une poursuite du responsable par la Famille, exercée par les proches parents de la victime en l'absence d'un contradicteur légitime.

1°) *Poursuite par « la Famille ».*

61. — Les tribunaux envisagent l'action des proches comme un substitut ou un adjuvant de l'action publique Les arrêts affirment curieusement que le responsable est « *passible* de dommages-intérêts » (21). Cette poursuite présente elle-même un double caractère. Elle est « familiale » et constitue un devoir de piété.

62. — En premier lieu, le demandeur n'agit pas réellement pour son propre compte, mais au nom d'une entité familiale qui

(16) *Op. cit.*, p. 26, n° 33.

(17) *Op. cit.*, n° 54, p. 41. En note 1, Sourdat se fonde sur les opinions de : Legrand (« Sur la coutume de Troyes »), de Ferrière, Ricard, (« Sur l'art. 237 de la coutume de Paris »). L'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII et l'article 1382 du C. Civ. sont peut-être traités un peu cavalièrement. Nous voilà fort loin des prétendus abus de l'exégèse.

(18) Faustin-Hélie, 2e éd., t. II, p. 355.

(19) A. Giboulot, note au D.P. 1872.2.97 et s. (II.97, col. 2) sous Aix, 14 juin 1870.

20) P. ex. : « C'est le cas d'appliquer la disposition si précise de la loi suivant laquelle... » (suit 1382 C. Civ.) : Bordeaux, 15 avril 1835. Pand. Chron., t. II, I, p. 167 sous note.

(21) Req. 30 juin 1836, esp. de Lamarthonie (Pand. Chron. t. II.I, p. 167) « Passible » : qui a mérité de subir une peine (Littré abrégé, *op. cit.*).

le dépasse. L'analyse des arrêts révèle l'existence d'une sorte de solidarité active entre les demandeurs. Cette solidarité de fait entre les créanciers d'indemnité revêt, selon les espèces, trois aspects principaux.

Tantôt, par un appel implicite à la théorie du contradicteur légitime (22), la jurisprudence reconnaît au demandeur initial « qui a le premier et principal intérêt » le droit de représenter les autres membres de la Famille. Si la partie civile ne semble pas pouvoir représenter à elle seule toute la Famille, les magistrats indemnisent, *proprio-motu*, les proches non représentés au procès. C'est ainsi que, par un arrêt de rejet en date du 12 juin 1841 (23), la Chambre Criminelle autorise les juges du fond à assortir l'attribution de dommages-intérêts faite au profit de la veuve, unique partie civile, d'une stipulation pour autrui au bénéfice des ascendants de la victime, étrangers au lien juridique d'instance.

Tantôt encore, les arrêts interdisent expressément aux ascendants de formuler une demande d'indemnité après un descendant, même naturel, car, lors de la première demande, les conséquences de l'infraction ont été « appréciées eu égard à la *totalité du préjudice que cette mort a pu occasionner à la Famille* » (24). Cette jurisprudence fut visiblement influencée par la règle du non-cumul des peines (25).

(22) B.G. : Mazeaud, I, p. 477, n° 484 ; Ripert et Boulanger, t. I, n° 845, p. 354 et la bibliographie citée. Il est opportun de noter que cette théorie qui n'a jamais été condamnée explicitement en droit moderne fût progressivement abandonnée dans son domaine d'élection, celui des actions d'état, « car on n'a jamais pu s'entendre sur la désignation de celui qui aurait ainsi qualité pour représenter tous les autres dans le procès et leur rendre le jugement opposable » (Ripert et Boulanger, préc.). Il est remarquable que, précisément, l'Ancien Droit ait élaboré un ordre hiérarchique pour l'action criminelle privée (cf. *supra*). Sa persistance occulte ou coutumière s'expliquerait mieux ainsi.

(23) Crim. 12 juin 1841, Coureau c/ Vve Clenis, B. Crim. 1841, n° 177, p. 285, « ...L'arrêt a seulement subordonné l'attribution faite à la Veuve C..., à la condition d'en délivrer partie aux ascendants de C..., ...Cette condition, favorable à des tiers non parties à l'arrêt, ne peut lier ces tiers, mais peut leur profiter ». Adde : Rapport Nouguier sous Crim. 20 février 1863 (notamment S. 1863.1.321, col. 2) moins net qu'on ne l'expose généralement puisqu'il considère que la seule vraie demanderesse, c'est la mère (p. 322, col. 2), « restée seule pour élever deux hommes-enfants ».

(24) Paris (3e Ch.), 22 juillet 1837, Mugneret c/ Dailly, Jur. gén. D., t. 39, éd. 1859. V° Responsabilité, n° 155, p. 324, note 2. L'intervention d'un assureur n'est peut-être pas étrangère à cette décision. La précaution qui consiste à noter l'absence « d'ailleurs » d'un préjudice distinct semble purement verbale.

Vers 1870, les juges du fond hésitent moins à accueillir plusieurs demandes concurrentes (Ex : Lyon, 18 mars 1865, S. 1865.2.258 ; Req. 4 mars 1872, D.P. 1872.1.327).

(25) En outre, si l'on compare Crim. 12 juin 1841 préc. et Paris, 22 juillet 1837 préc., il est évident que : 1°) Le conjoint ne représente pas réellement la Famille. 2°) Le descendant prime l'ascendant. Comp. avec l'ordre hiérarchique de l'Ancien Droit.

Par ailleurs, si l'on excepte une décision isolée et doublement aberrante (26), il ne semble pas que l'on ait, à cette époque, accordé la moindre indemnité à un parent, en cas de survie de la victime immédiate. L' idée moderne selon laquelle une juste réparation assure la reconstitution intégrale des ressources du blessé rejoint ainsi l'idée traditionnelle selon laquelle la victime immédiate apprécie souverainement si elle doit mettre en œuvre la vengeance privée ou témoigner sa clémence (27). Au fond, par delà la mort, la vengeance reste l'apanage de la victime immédiate. Seule la mort contraint cette dernière à transmettre le flambeau de la vengeance. Dans l'atmosphère feutrée du prétoire retentit encore l'écho du message cornélien :

« Et ce fer que mon bras ne peut plus soutenir,
Je le remets au tien pour venger et punir. »

(Le Cid. I. 5).

63. — En second lieu, cette poursuite par le parentage reste, en effet, fort éloignée de la reconnaissance pure et simple d'un droit propre à indemnité au profit des victimes du dommage réfléchi.

Certes, une analyse juridique très élaborée avait, de longue date, dégagé et mis en œuvre certaines conséquences de la pluralité des actions nées de l'atteinte à l'intégrité corporelle. C'est ainsi que, *contrairement à une error communis* (28), *le problème dit de l'opposabilité de la faute de la victime immédiate à ses*

(26) T. Civ. Nevers, 31 août 1866, Fontaine c/ Pécard, D.P. 1867.2.197. Dommages-intérêts à la fille blessée et à la mère qui « sera privée dans l'avenir du travail de sa fille » : 1re erreur. « Ces doubles dommages-intérêts doivent être relatifs à la fortune de Pécard qui les doit » : seconde erreur). Confirmé par Bourges, 23 janvier 1867 cependant. A vrai dire, l'idée pénale fonde la seconde erreur.

(27) Dans l'Ancien Droit, l'héritier ne peut agir ni à titre personnel ni à titre successoral dans la mesure où l'inaction de la victime immédiate laisse présumer « la remise de l'offense » (Jousse, *op. cit.*, t. III, p. 633 cité in L. Mazeaud, note, D.C. 1943.46, col. 1).

(28) Voyez p. ex. J. Fossereau, article préc. in Rev. Tr. Dr. Civ. 1963, p. 7 à 42 (...« Jurisprudence *instaurée* » *en* 1960) ; F. Chabas, Th. dactyl. Paris 1965, nos 154 et 205 à 213 et article préc. in Rev. Tr. Dr. Civ. 1967, p. 311 à 338 (spécialement p. 326 et notes 62 et s.) ; Concl. Proc. Général Aydalot devant Ch. Réunies, 23 novembre 1964, D. 1964.733 (spécialement col. 1 in fine : « sept arrêts de la chambre criminelle échelonnés de 1933 à 1958, ...c'est, à la vérité, une *moisson assez mince en fait de précédents.* ») et la bibliographie citée dans ses études.

Adde notamment Flour, note au D.C. 1942.J.142 sous Dijon, 7 novembre 1940 ; Mazeaud-Tunc, t. 2, n° 1469 et note 4 bis ; Marty et Raynaud, t. 2, vol. 1, n° 499, p. 541 ; Houin, note sous Crim. 14 décembre 1938, S. 1939.1. 233, spéc. § 1er in limine : « *Jusqu'ici tous les arrêts ont décidé que la faute de la victime est opposable aux ayants-cause* de la victime d'un accident mortel. » ; Raynaud, Cours Licence 2 1967-68, Paris, p. 659 et s.

A vrai dire l'on peut s'interroger sur la valeur d'une jurisprudence

ayants-cause agissant à titre personnel était connu de notre ancienne jurisprudence (29).

Toutefois, l'idée d'un devoir moral de vengeance l'emportait encore sur l'idée d'un droit à indemnité. Sans être explicité comme chez Loysel ou Jousse (30), le thème du « vengeur familial » inspire sans conteste les décisions qui allouent des dommages-intérêts pour un préjudice matériel réfléchi purement hypothétique (31). Corollaire de ce devoir, subsiste à l'origine un mépris aristocratique envers tout soupçon de cupidité. Selon notre ancienne doctrine, la compensation pécuniaire était réservée « au gens de la lie du peuple dans leur condition vile et abjecte » (32). La « cupidité » dût se répandre rapidement, à tel

issue d'une « error communis ». Comp. in MAZEAUD-TUNC, n° 299 à propos d'une erreur de Domat et de Pothier.

La jurisprudence et la doctrine citée *infra*, note 29, ne semblent d'ailleurs avoir été signalées que in Dupichot, thèse dactylographiée (Paris 1967) et note préc. J.C.P. 1968.2.15510.

(29) *Doctrine ancienne*, cf. notamment MERLIN de DOUAI, Questions de Droit, 4e éd. 1829, t. 6, V° Duel, § 3, p. 188 et s., cité *infra*, n° 252, éd. Tarlier.

Jurisprudence, cf. entre autres, Crim. 29 juin 1827, Lelorrain c/ Vve Garel, B. Crim. t. 32, p. 358, Syr. Chron. 1825-1827, p. 628. La veuve et les enfants mineurs d'un duelliste malheureux obtiennent une indemnité de la Cour d'assises des Ardennes le 29 juin 1827 quoique le responsable soit acquitté par ailleurs. Ce dernier forme un pourvoi rejeté au motif que : « Lors même que le prétendu consentement du duelliste aux chances défavorables du Duel pourrait lui être *opposé*, s'il venait demander des dommages-intérêts pour les blessures qu'il aurait reçues, *ce consentement ne saurait priver sa femme ou ses enfans des droits que la nature et la loi assurent* et qu'ils réclament directement ou en leur propre nom, pour le préjudice *personnel* qu'ils éprouvent. »

Adde : Solution implicite de Req. 30 juin 1836 sur Conclusions du Procureur Général Dupin, S. 1836.1.732 esp. de Lamarthonie c/ Baudet (quoique il y ait « nécessairement imprudence dans un duel » selon l'arrêt attaqué, cela n'influe pas sur les « dommages-intérêts envers cette veuve ») et de Crim. 20 février 1863, de Caderousse Grammont, S. 1863.1.321, rapp. Nouguier, D. 1864.1.99.

Cf. plus explicite encore, Bordeaux, 5 avril 1852, Chavoix c/ Dupont, S. 1852.2.422, car la Cour était saisie de deux « consultations délibérées » hostiles à la doctrine classique de l'arrêt Lelorrain (cf. en sous-note M° Paillet : « Conséquences absurdes » et M° Dufaure : « Je ne crois pas que ses gendres, héritiers ou non, aient plus de droits que lui »).

Comp. pour l'*inopposabilité d'une transaction* : Parlement de Grenoble, 16 février 1667 (Rep. D. t. 28, éd. 1854, V° Instr. Crim. n° 98, p. 73).

(30) Selon Loysel, la veuve, même si elle renonce à la communauté, peut et doit poursuivre la Réparation Civile (Institutes Livre III, Titre 3, Règle 22 citée par Lalou au D. 1920.2.138). Bien plus, JOUSSE nous apprend qu'elle subit diverses déchéances — quant au douaire notamment — lorsqu'elle s'abstient de poursuivre cette réparation. (JOUSSE, *op. cit.*, cf. *supra*, n° 57, note 31).

(31) Colmar, 3 mars 1810, Erhard, S. 1810.2.223 (Père pour le meurtre d'un fils, « bâton de vieillesse » bien peu solide en l'espèce. Le préjudice n'est aucunement justifié ; la Cour procède par simple rattachement causal du décès aux actes criminels). *Contra* : Cour d'Assises de Metz, 17 février 1819, S. 1819.2.26.

(32) De FERRIÈRE, *op. cit.*, t. 2, p. 554 (à propos de la « réparation d'honneur »).

point que la Chambre Criminelle se plait, par un arrêt du 22 mars 1877, à relever le « sentiment moral » d'une veuve qui limite sa demande à l'obtention des dépens sans empiéter pour autant sur l'action pénale (33).

Autres temps, autres mœurs ! La pureté des sentiments des victimes médiates étant douteuse, le cercle des demandeurs se modèle sur la Famille conjugale (34), plus étroite mais seule cohérente au XIX° siècle, tant il est exact que la parentaille (35) succède alors au parentage.

2°) *Poursuite exercée par les proches parents.*

64. — Le droit positif immédiatement postérieur à la codification, ne permet qu'aux parents les plus proches d'obtenir une condamnation à leur profit. La substitution de la famille conjugale à la famille patriarcale (36), ainsi que la généralisation de la réserve héréditaire, bouleversent les données du problème.

Presque tous les vengeurs traditionnels, y compris l'enfant naturel reconnu, sont désormais héritiers réservataires, cependant que la veuve a, en général, au moins sa part des biens communs. Dès lors, les héritiers vont intenter l'action de leur auteur. Bien plus, dans la mesure où le rôle de la fortune acquise reste considérable par rapport à celui des revenus du travail (37), le dommage réfléchi est souvent incertain. En un mot, la question successorale voile ou englobe le dommage subi par les héritiers (38).

(33) Crim. Rej. 22 mars 1877, Godefroy, B. Crim. n° 86, p. 178. « ...Ils pouvaient, ainsi qu'ils l'ont fait, s'inspirant du sentiment moral qui avait principalement déterminé leur intervention, restreindre leur demande... à l'obtention des dépens ».

(34) Voy. R. SAVATIER, V° Famille, Rep. Dalloz, D. Civ. n° 17 (Lignage et Société conjugale). Telle est bien aujourd'hui la conviction intime du législateur — ou, du moins, des mieux éclairés d'entre eux qui participent au pouvoir législatif — si l'on en juge par l'intervention de M. le Garde des Sceaux. Cf. Foyer à la tribune de l'Assemblée lors du débat sur la réforme de la tutelle des mineurs : « ...Il ne s'agit plus, comme en 1804, de la famille étendue, patriarcale, mais suivant une évolution dont la réalité n'est pas contestable, de la famille conjugale » (« Le Monde », 28 juin 1964, p. 6, col. 4).

(35) Ce vocable péjoratif apparaît alors (Littré), témoignant du discrédit du cousinage (Comp. Balzac et ses portraits de famille urbaine).

(36) Face à cette idée couramment admise (P. ex. MAZEAUD I, p. 693, n° 698 et *supra*, note 34), voyez les nuances apportées par le doyen CARBONNIER (Mélanges SAVATIER, p. 138 et s.).

(37) A nuancer en ce sens qu'il est *vraisemblable que l'accident corporel ne donnait qu'exceptionnellement lieu à un véritable contentieux dans les classes populaires et laborieuses* (Comp. pour corroborer cette « impression » très subjective : Les recueils connaissent bien plus le « duel » que la « rixe ». Les œuvres littéraires témoignent d'usages d'indemnisations amiables, en nature... et proportionnées aux possibilités du responsable).

(38) En ce sens : SAVATIER, D. 1955, chr. préc., p. 5, col. 2. Pour l'analyse d'une persistance occulte de ce phénomène, voy. CARBONNIER préc., Rev. Soc. Jur. Bernois, 1964, p. 311.

Il en résulte que la distinction entre les deux types d'actions n'est pas toujours bien faite (39). Le problème « de la liste des ayants droit » n'est pas posé (40). Les proches (veuve, descendants ou ascendants vivant au foyer) sont rarement mentionnés dans les recueils, faute d'intérêt spécial pour le lecteur (41). La filiation avec l'action criminelle privée, incontestable jusqu'alors, s'atténue vers 1870.

B - *De l'absorption de l'idée de vengeance familiale par les principes nouveaux (après 1870).*

65. — L'exode rural, les premières concentrations urbaines, l'apparition de puissances industrielles (chemins de fer, mines, etc...) et financières (assurances) aptes à assumer la charge d'indemnités considérables, la nécessité pour l'homme moderne de gagner son pain par son activité quotidienne, infléchirent l'action des victimes par ricochet vers une finalité réparatrice plus que pénale (42). L'aspect pénalisateur de l'action civile s'estompe. La recevabilité de l'action civile est liée de plus en plus étroitement à la justification d'un préjudice personnel résultant directement de l'infraction (43).

Dans une France qui aborde la seconde révolution industrielle, la « vendetta » fait rigure d'anachronisme. Dès 1840, « Colomba » semble au lecteur parisien aussi exotique que Rodrigue. En revanche, les Rastignac abondent dans la société du second Empire (44).

Bref, l'Argent tient désormais lieu d'Honneur et de Famille (45). La réparation du dommage matériel par ricochet abandonne son caractère pénal. Des « solidarités » autres que celles qui naissent du lien familial sont retenues : Associé (46), assu-

(39) P. ex. : Trib. Civ. Lyon, 17 décembre 1864, S. 1865.2.258 sous note, rectifié par Lyon, 18 mars 1865.

(40) Les Tables du Dalloz de 1845 à 1867 (V° Responsabilité ou Action Civile) l'ignorent et classifient les espèces selon les différents types de faute. Idem pour les tables des Pandectes Chronologiques de 1789 à 1869.

(41) Paris, 22 juillet 1837, préc., relève que les ascendants exclus vivaient « éloignés de Paris » donc de la victime.

(42) Il est remarquable que, à cette époque, apparaissent les premières actions intentées par des « étrangers » telle une Cie d'assurance vie (C. d'assises Jura, 28 juin 1884, S. 1885.2.219).

(43) Comp. p. ex. Crim. 30 août 1877, Denis, B. n° 211, p. 413 : « Toute personne qui a intérêt à la *répression* du fait délictueux », et Crim. 19 mars 1909, B. n° 178, p. 351 : « L'action civile n'est recevable qu'autant que la partie qui l'intente a été *personnellement lésée* par les infractions qu'elle impute au prévenu ». La hiérarchie des finalités assignées à l'action civile s'est radicalement modifiée entre temps.

(44) *Contra* : Le mythe du XIX° siècle, âge d'or de l'humanité dans une certaine doctrine (Ex. : A. Rouast, Cours aux Sem. Soc. 1938, p. 342 et s.).

(45) L'expression : « traiter quelqu'un en parent pauvre » apparaît alors et témoigne suffisamment du bouleversement des valeurs « morales ».

(46) Bourges, 16 décembre 1872, D.P. 1873.2.197 (frère au surplus).

reurs (47), employeurs (48), créanciers (49), voire la Puissance Publique (50) vont bientôt s'efforcer d'obtenir (ou de récupérer) une indemnité en invoquant les blessures ou la mort d'un tiers Dès lors, même dans l'hypothèse propre à l'interruption des subsides, seules subsistent quelques réminiscences diffuses de la Réparation Civile. Ces dernières se manifestent sur deux plans.

66. — En premier lieu, les tribunaux témoignent d'une hostilité larvée envers les étrangers ou les collatéraux même assistés bénévolement. Cette hostilité est évidente lorsqu'un collatéral, successeur à titre universel, s'efforce de cumuler le bénéfice de l'action successorale et celui de son action personnelle (51). En revanche, l'action intentée par le conjoint ou les parents — même naturels de fait (52) — en ligne directe est accueillie avec la plus grande libéralité.

Pour sa part, la Province de Québec se donna le 9 juillet 1847 une loi qui, devenue l'article 1056 de son Code Civil (1866), n'est pas sans évoquer maints caractères de l'action criminelle privée (53).

67. — En second lieu, l'autonomie de la jurisprudence criminelle conservera jusqu'à nos jours un aspect pénalisateur aux actions issues d'une atteinte à l'intégrité corporelle. Or, il est remarquable que, du moins en matière délictuelle (54), la Chambre Criminelle fut pratiquement seule à connaître de telles actions jusqu'à la découverte et à l'essor de l'article 1384 du Code Civil. De fait, l'on rencontre peu d'arrêts notables de la Chambre Civile avant les années 1930, moins encore au XIX^e^ siècle

(47) Civ. 6 janvier 1914, D. 1918.1.57, note Dupuich ; CAPITANT, Rev. Tr. Dr. Civ. 1906, p. 38 et s.

(48) Douai, 19 mai 1845, duchesse de Montmorency, D.P. 1845.4, n° 12 (Aspect de « réparation d'honneur ») ; T. Civ. Angoulême, 21 novembre 1905, D.P. 1906.5.24.

(49) T. Civ. Seine, 4 juillet 1901, G.P. 1901.2.284 ; Lyon, 7 octobre 1903, Gaz. Trib. 2^e^ partie, 1904.1.199.

(50) T. Civ. Seine, 26 décembre 1905, G.P. Tables 1902-1907, V° Responsabilité, n^os^ 110 à 114.

(51) Angers, 12 juillet 1872, Larue c/ Maire, D. 1872.5.386, n° 3. Rejette l'action intentée par ricochet car la demanderesse « a recueilli dans la succession de son frère le principe incontestable d'une action ». L'aspect successoral voile le dommage réfléchi.

(52) T. Civ. Saint Flour, 21 décembre 1882, G.P. 1883.1.259 (Mère naturelle : Elle avait omis de reconnaître son fils décédé mais obtient cependant une indemnité).

(53) Le droit d'agir est réservé au conjoint et aux parents en ligne directe. Les actions en ordre dispersé sont interdites (cf. MAZEAUD-TUNC, 5^e^ éd., t. I, n° 277-4, note p. 352. Pour une étude approfondie de la genèse de cette disposition, voyez Orville Frenette, Th. Ottawa, 1961, n^os^ 8 et s.).

(54) En matière contractuelle, voyez les actions intentées en vertu d'un contrat de transport aux tables des recueils. A vrai dire, elles concernent surtout le transport de marchandises.

si l'on excepte quelques décisions en matières de responsabilité médicale (55) ou de transport de personnes (56). Elles visent usuellement l'article 1382, la responsabilité de droit commun étant alors invoquée pour des manquements non inclus expressément dans la sphère contractuelle (57). En outre, jusqu'en 1837, le duel « sans le concours d'aucune circonstance de déloyauté ou de perfidie, n'était puni par aucune loi pénale » (58). Aussi, les juridictions de droit commun eurent-elles à connaître avant 1837 d'actions en réparation intentées par les proches d'un duelliste malheureux. Le plus souvent, il s'agissait d'un homme de plume qu'un sabreur égratigné par ses écrits avait lâchement contraint d'accepter un combat inégal. L'indemnisation des demandeurs par ricochet est imposée par l'équité la plus élémentaire, du moins lorsqu'il s'agit de descendant (59) ou d'ascendants (60). La jurisprudence ne tient pas compte de la faute du défunt (60 bis).

Au terme de cette analyse, il est évident que notre droit civil s'est détaché insensiblement de l'action criminelle privée. Toutefois, éliminée de la réparation du préjudice matériel réfléchi, la vengeance familiale ressurgit aussitôt sous le masque du préjudice d'affection (61).

L'absorption des idées traditionnelles par le droit civil moderne s'opéra donc sans solution de continuité. Vu le respect apparent voué à la Codification, si l'on envisage le *fondement théorique* de l'indemnisation (62), la période 1804-1913 doit donc être envisagée globalement.

(55) Req. 18 juin 1835, Pand. Chron. I, p. 130, Concl. Dupin.

(56) Civ. 10 novembre 1884, Pand. Chron. VI.I., p. 229, D. 1885.1.433, S. 1885.1.129. Rien n'indique au demeurant qu'il s'agisse d'une action personnelle à l'héritier... au contraire.

(57) Jusqu'en 1890, notre jurisprudence n'appliquait pas avec rigueur la règle du non-cumul des deux ordres de responsabilité (Voyez Req. 21 janvier 1890, S. 1890.1.408 ; MAZEAUD-TUNC, 6e éd., n° 179, p. 233 ; RODIÈRE, n° 1685, p. 304).

(58) Cass. Sect. Réunies, 5 août 1828, Laberthe, Pand. Chron. 1789 à 1829.I, p. 254 sous note. Même référence : Cass. Sect. Réunies, 4 décembre 1824, Harty de Pierrebourg. Revirement de jurisprudence à compter des arrêts des Chambres Réunies en date des 15 décembre 1837, Pessou, Pand. Chron. 1830.44 I, p. 207 et 2 février 1839, Gilbert, même référence).

(59) Bordeaux, 5 avril 1852, Chavoix c/ Dupont, S. 1852.2.422 préc.

(60) Req. 30 juin 1836 et Bordeaux, 15 avril 1835 (sous note) Comtè de Lamarthonie c/ Vve Baudet, Pand. Chron., t. 2 (1830-44), I. 167. Comp. avec des instances purement civiles intentées à la suite d'un acquittement (p. ex. Rennes, 25 avril 1836, Paillusson, Rep. D. t. 39, éd. 1858, p. 310, note 2).

(60 bis) Cf. *supra*, n° 63 et note 29.

(61) C'est vers cette époque que la réparation en est progressivement admise : Givord, *op. cit.*, n° 43 ; Cass. Belgique, 17 mars 1881, S. 1882.4.9 ; Sur ces problèmes, cf. *infra*, n° 182. Sur ce phénomène de persistance occulte, cf. l'opinion d'un magistrat : P. AYMOND, note J.C.P. 1964.II.13465 in fine.

(62) ...et non plus la recherche des liens *occultes* avec le passé à travers les préjudices *effectivement* réparés.

§ 2. — DE L'ELABORATION DES PRINCIPES JURIDIQUES MODERNES JUSQU'EN 1913.

« *Usus efficacissimus rerum omnium magister* ».

(PLINE. Hist. nat. XXVI. 2).

68. — La difficulté qui consiste à cerner la notion de « certitude » d'un dommage se cumule ici avec l'obscurité des principes abstraits qui régissent la jurisprudence à cette époque. A en juger grossièrement, doctrine et jurisprudence se partagent alors en deux courants de pensée. Au surplus, certains auteurs (1), voire certains arrêts (2) se rattachent également à l'un et à l'autre de ces courants.

Un courant dominant est guidé par une double considération. Au plan des finalités pratiques, il convient de s'en remettre à la sagesse du magistrat et à la pudeur des plaideurs, afin d'écarter les demandes inconsidérées. Au plan de la technique juridique, les articles 1382 et 1383, de par leur généralité, légitiment cette jurisprudence. Ce courant trouve son expression la plus considérable et la plus parfaite dans l'*arrêt Caderousse-Grammont* rendu par la Chambre Criminelle le 20 février 1863 (3) : « Attendu, d'ailleurs, que *l'article 1382* précité, en ordonnant, en termes absolus, la réparation de tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, *ne limite en rien,* ni la nature du fait dommageable, ni la nature du dommage éprouvé, ni *la nature du lien qui doit unir, au cas de décès, la victime du fait avec celui de ses ayants droit qui en demanderait la réparation ;* d'où il suit que la prétention subsidiaire du demandeur repose, tout ensemble, ... et sur une interprétation erronée de l'article 1382, et sur une distinction manifestement arbitraire »

Un second courant, minoritaire, repose sur une double préoccupation. En fait, il y a lieu de craindre « l'arbitraire, emprunté à l'Ancien Droit » (4), soit qu'il limite excessivement le droit à indemnité, soit que, au contraire, il ouvre la porte à toutes sortes de débordements. Au plan de la théorie juridique, cette crainte de l'Equité des Parlements doublée d'une hostilité envers les demandes émanées d'étrangers à la Famille, rejoint le goût excessif de l'époque pour la notion de droit subjectif utilisée à tout propos (5). L'existence, sous certaines conditions, d'une obligation

(1) P. ex. DEMOLOMBE, t. 31, n° 673, p. 577 et s., éd. 1882.

(2) P. ex. Besançon, 27 mai 1889. Gaillard c/ PLM, S. 1890.1.501 (sous note) et Alger, 23 mai 1892, S. 1894.2.62.

(3) Crim. 20 février 1863, Rejet, Caderousse-Grammont c/ Dillon (Vaïsse pres.), D. 1864.1.99 (Rapp. Nouguier et arrêt Cour d'assises S. et Oise du 25 novembre 1862), S. 1863.1.321 (rapp. Nouguier), B. Crim. 1863, n° 59, p. 95, Pand. 1864.623.

(4) A. GIBOULOT, note préc. D.P. 1872.2.97, col. 2.

(5) P. ex. le « droit subjectif » de punir le délinquant d'où la réaction de l'Ecole de Duguit (MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, I, n° 134, éd. 1956).

alimentaire satisfait, tout à la fois, à une exigence de sécurité et à une exigence théorique. Cette tendance, latente au cours du XIX^e^, fut exacerbée par l'apparition d'une réparation précise mais forfaitaire dans le droit du Travail (Loi du 9 avril 1898). Elle trouve son expression la plus notable au sein des motifs d'un arrêt célèbre rendu par la Cour de Rouen le 24 février 1894 : « *La réparation civile* qui peut-être *due aux membres de la famille trouve sa source et sa raison d'être dans la dette alimentaire* dont le défunt était ou pouvait être tenu envers eux » (6). Au terme de la période envisagée, la Chambre Criminelle semble se rallier à cette thèse (7).

69. — Il est bon de relever d'ores et déjà que d'une part, cette opposition n'est pas absolue en son principe. La Chambre Criminelle n'envisage que l'action de *l'un* « *de ses ayants droit,* au cas de décès » de la victime. Pour sa part, la Cour de Rouen n'entend point assurer une indemnisation automatique au profit des créanciers d'aliment (... *peut* être due »...).

D'autre part, le critère de l'obligation alimentaire est, peu ou prou, retenu par la plupart des arrêts. En revanche, le rôle qui lui est assigné est variable.

Tantôt, il s'agit d'une condition nécessaire. Ce critère impose alors de débouter les demandeurs non créanciers d'aliments. Par sa rigueur même, le système suppose que soit explicitée la notion de « dette alimentaire dont le défunt... pouvait être tenu ». Exigera-t-on un droit muni d'action en excluant l'obligation naturelle ? Exigera-t-on la réunion préalable des conditions d'existence de l'obligation alimentaire que prévoient les articles 208 et 209 C. Civ. ? (8). Cette condition nécessaire, est-elle suffisante ?

Tantôt, au contraire, il s'agit d'un élément de pur fait parmi d'autres. L'existence d'un droit à aliments est prise en considération afin de déterminer le degré de certitude du préjudice invoqué (rôle probatoire). Un essai de synthèse, juridique et pratique, succédera à l'analyse des espèces répertoriées à l'époque (9).

(6) Rouen, 24 février 1894, 4^e^ ch., Ch. fer Ouest c/ Giraud, S. 1897.2.25, note Lacoste.

(7) Crim. 18 juillet 1913, B. Crim. 1913, n° 357, p. 692.

(8) Cf. Rep. D. Civ. V° Aliments, n° 128 et s. par R. SAVATIER, Article 208, C. Civ. : « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit ». L'on sait que l'assistance accordée par un père doté d'une situation aisée à ses descendants (ou vice-versa) est bénévole lorsque ces derniers ne sont pas dans le besoin. D'ailleurs, seraient-ils besogneux que l'assistance peut excéder par son quantum ce à quoi ils pourraient éventuellement prétendre. L'on sait également que l'article 156. II. 2° C. gen. Imp. relatif aux pensions déductibles prend en considération non l'assistance effective mais le droit à pension, systématiquement minoré par des évaluations forfaitaires.

(9) A vrai dire, la *finalité familiale* est évidente que l'on indemnise « un ayant-droit » quelconque ou bien un « membre de la famille » créan-

I. - *Etude analytique de la Jurisprudence*

Afin de saisir une jurisprudence fluctuante, il incombe de sérier les hypothèses en distinguant les demandes intentées par des créanciers alimentaires de la victime de celles qui émanent d'autres demandeurs par ricochet.

A - *Demandes fondées sur un lien alimentaire.*

70. — La distinction nécessaire entre, d'une part, la liste des parents et alliés entre lesquels le droit civil établit l'obligation alimentaire et, d'autre part, les conditions d'existence et de mise en œuvre de la créance alimentaire est classique. Tantôt, la victime du préjudice réfléchi peut invoquer la lésion d'une créance alimentaire exigible lors de l'accident mortel et anéantie (1) du fait du décès du débiteur d'aliments. Tantôt, au contraire, un « créancier alimentaire virtuel » (2) invoque seulement la perte d'un droit éventuel (3), titre à acquérir sous certaines conditions une créance alimentaire. Dans l'une et l'autre hypothèse un critère de fait, l'attitude antérieure de la victime immédiate envers ses créanciers se combine au critère juridique afin de déterminer la certitude du préjudice allégué.

71. — Lorsque le droit à une pension alimentaire est consacré judiciairement avant l'accident, la réparation du préjudice réfléchi semble nécessaire. C'est là faire bien peu de cas, des (bonnes) mœurs familiales : L'exercice d'une action en réclamation d'aliments témoigne d'une situation familiale pathologique. C'est pourquoi, l'une des très rares décisions qui ait eu à connaître de cette difficulté n'admit pas la certitude du préjudice invoqué par une veuve séparée de corps. En effet, le mari n'avait jamais exécuté la décision rendue et il était « probable qu'il n'aurait jamais payé » la pension (4).

72. — La certitude est plus grande lorsque le demandeur invoque un préjudice réfléchi résultant de l'interruption de subsides

cier alimentaire. Cette inspiration commune semble avoir échappé aux analystes trop attachés au revêtement juridique.

(1) Cette solution, rigoureuse pour le créancier, est certaine en jurisprudence dès le milieu du XIX^{e} siècle (Civ. 8 juillet 1857, D.P. 1857.1.351). L'intransmissibilité passive de la créance alimentaire est absolue, en dépit d'une doctrine contraire représentée alors par Aubry et Rau (Savatier, préc., Rep. D. Civil, V° Aliments, n° 170).

(2) Terminologie adoptée notamment par le doyen Savatier (D. 1966.J.465 sous Civ. 2^{e}, 17 décembre 1965).

(3) Sur la notion de droit éventuel, « droit qui n'a pas encore pénétré dans le patrimoine », mais plus précis qu'une expectative. G. Ripert, Rep. D. Civil, V° Droit, n° 75.

(4) T. Civ. St-Etienne, 26 juin 1889, G.P. Tables, 1887-1892, V° Responsabilité, n° 789 et Absence à l'époque de sanctions pénales pour l'abandon pécuniaire (R. Vouin, Rep. D. Civil, V° Abandon de Famille, n° 1). Adde : Dupichot, note préc. J.C.P. 1968.II.15510. (II.1°).

antérieurement perçus, même en l'absence de tout droit né et actuel à pension. De longues séries d'arrêts assurent alors une compensation pécuniaire du préjudice matériel réfléchi. Il serait vain de rechercher dans de telles décisions des précisions utiles sur le rôle exact reconnu au lien alimentaire Le principe de l'économie des moyens domine alors les rédacteurs des arrêts (5).

Au demeurant, le problème n'est pas soulevé, faute d'intérêt et le débat judiciaire porte sur des questions différentes. C'est ainsi que, dans la famille légitime, la jurisprudence indemnise constamment les enfants simplement conçus (6), les mineurs (7) ou la veuve (8) lorsque la vie domestique était normale avant l'accident. Il en va de même pour les ascendants qui s'appuyaient, même partiellement, sur l'enfant disparu (9) et pour les descendants majeurs vivant au foyer parental (10) ou régulièrement assistés. Les actions intentées par des veufs sont plus rares et pallient l'absence de réparation du préjudice d'affection (11).

La Cour Suprême tend à considérer que le préjudice réfléchi

(5) A vrai dire, il est seulement loisible d'induire l'existence d'une assistance (même en nature) antérieure par un argument a silentio. Rien n'indique au surplus que cette assistance ait été comparable par son quantum au montant de la pension de l'art. 208, C. Civ. ni même que celle-ci eût été légalement exigible (cf. DUPICHOT, note préc., J.C.P. 1968.II.15510 : II.2°).

(6) Rouen, 23 décembre 1887, G.P. Tables, 1887-1892, V° Resp., n° 481 et s. : rente allouée de sa naissance à sa majorité, sous réserve d'un prédécès.

(7) P. ex. : Crim. 29 juin 1827, B. Crim. t. 32, p. 358, Syr. Chron. ; Aix, 29 janvier 1833, Jur. Gen. D., t. 42, éd. 1861, p. 660, note 1 ; Bordeaux, 5 avril 1852, S. 1852.2.422 ; Aix, 14 juin 1870, D.P. 1872.2.97 ; Req. 4 mars 1872, D.P. 1872.1.327 ; Aix, 6 mai 1872,D. 1873.2.57 ; Paris, 15 juillet 1875, D.P. 1877.2.120 ; Crim. 22 mars 1877, B., n° 86, p. 178 ; Crim. 26 mars 1885, B., n° 99, p. 157 témoigne du caractère quasi automatique de l'attribution de dommages-intérêts ; T. Civ. Libourne, 4 février 1886, G.P. Tables, 1882-1887, V° Resp., n° 427, p. 701 ; Crim. 8 août 1908, B., n° 353, p. 661 ; Cour d'Assises du Jura, 28 juin 1884, S. 1885.2.219.

(8) P. ex. : Crim. 10 juillet 1862, B. 1862, n° 166, p. 285 ; Crim. 23 février 1865, B., n° 44, p. 71 ; Paris, 11 août 1868, D.P. 1868.2.186 ; Civ. 10 novembre 1884, B.C., n° 267, p. 447 mais s'agit-il de l'action personnelle ou de l'action trouvée dans la succession ? ; Paris, 8 février 1896, D.P. 1896.2.457, S. 1899.2.215 ; Crim. 6 août 1903, B. 1903, n° 289, p. 494. La plupart des espèces citées dans la note précédente (mineurs) accordent également réparation au conjoint survivant qui agit fréquemment sous une double qualité.

(9) Req. 30 juin 1836, de LAMARTHONIE, S. 1836.1.732 : « mère dont il était le soutien » ; Crim. 20 février 1863 préc. : mère « restée seule pour élever deux hommes-enfants » (Rapp. Nouguier, S. 1863.1.322, col. 2) ; T. Civ. Nevers, 31 août 1866 et Bourges, 23 janvier 1867, D.P. 1867.2.197 pour une mineure apportant un revenu au foyer ; Civ. 4 février 1903, B., n° 14, p. 22 idem, fils salarié ; T. Civ. Grasse, 9 octobre 1912, G.P., Tables 1912-1920, V° Respons., n° 37 ; T. Comm. Seine, 23 août 1899, Journ. Trib. Comm. 1901.208.

(10) Alger, 22 juin 1900, Dame Boudjemaa, D. 1901.2.401.

(11) Bruxelles, 13 janvier 1890, Klepper, S. 1890.4.23 : « ...il lui sera *impossible dans l'avenir de trouver dans le personnel qu'il emploiera le concours... de dévouement et de sécurité que lui apportait son épouse* ».

est suffisamment établi par le fait même d'une parenté en ligne directe (12). La justification de l'interruption des subsides est-elle donc totalement superflue ?

73. — Lorsque le demandeur invoque la perte d'une chance d'obtenir des subsides, le dommage semble a priori hypothétique. Toutefois, l'on sait que la jurisprudence assure la réparation de la perte d'une chance. S'agissant de la réparation du dommage réfléchi, les arrêts ont retenu la perte d'une chance d'obtenir des subsides bien avant que nos juridictions n'aient eu à connaître des espèces usuellement citées (13). L'analyse des espèces enseigne qu'un simple espoir d'assistance suffit mais que le préjudice invoqué est purement hypothétique, au sein de familles désunies.

Au sein des familles unies, la perte d'une chance d'aide constitue un dommage réfléchi futur mais certain. Au surplus, l'impossibilité de réparer alors le préjudice moral réfléchi conduit à un véritable déni de justice en l'absence d'un préjudice matériel certain (14). « L'inadmissible prétention du responsable de se soustraire à toute indemnité » (15) incite les magistrats à réparer des préjudices matériels hypothétiques en fait. C'est le cas notamment lorsque la victime immédiate est un descendant. Qu'il s'agisse d'un descendant majeur ou émancipé par le mariage (16), d'un adolescent à charge (17), voire d'un infans (18), la victime immédiate se voit promise à titre posthume au plus brillant avenir. Parfois, l'existence d'un préjudice matériel réfléchi est

(12) Crim. 2 mai 1890, Rangassamey, B. Crim., n° 96, p. 146 : « Le sieur R., victime du crime d'assassinat, était le père de la partie civile ; dans ces conditions, le préjudice se trouvait *suffisamment* caractérisé ».

(13) Cf. p. ex. Mazeaud-Tunc, 5e éd., t. I, n° 219, p. 278, note 7.

(14) P. ex. Cour d'Assises de Metz, 17 février 1819, S. 1819.2.26. (Aucune indemnité pour le décès d'une mère qui vivait de la charité publique).

(15) Lyon, 14 février 1901 (G.P. Tables 1897-1902, V° Resp., n° 76 et s., p. 435) à propos du décès d'une mère de famille « oisive » (sic).

(16) Colmar, 3 mars 1810, Erhard, S. 1810.2.223 : « ...perdu son fils, l'appui de sa vieillesse et... le *pouvoir d'en obtenir des aliments dans le besoin* ». En l'espèce, le père n'était nullement dans le besoin. Adde : Angers, 9 août 1872, D.P. 1872.5.386, n° 2 (père, mère et veuve pour fils et mari jeune mais « dont le travail et l'intelligence étaient une *garantie d'avenir* »).

(17) Douai, 7 juillet 1892, S. 1894.2.20 : Le père, agissant comme chef de la communauté, obtient une indemnité pour compenser la perte des salaires du fils mineur. A vrai dire, le préjudice semble ici hypothétique en l'absence de tout droit de jouissance légale (art. 387 C. Civ. ; Ripert et Boulanger, t. 1, n° 2335 ; Marty et Raynaud, t. I, n° 556 B. 2° a) ; Caen, 5 novembre 1895, Vve Bertrand S. 1898.2.96 : Veuve dans la misère perd l'aîné de ses quatre enfants, *jeune mousse « sur lequel elle comptait pour* lui fournir secours et assistance dans *sa vieillesse*, et auquel elle eût pu demander une pension alimentaire ».

(18) Bordeaux, 30 novembre 1881, Faure c/ Neveu, S. 1882.2.183. Perte d'une fillette de 5 ans... « en qui ils pouvaient légitimement entrevoir (sic) un soutien pour l'avenir ».

affirmée sans l'ombre d'une justification (19). Du moins, est-il certain que le demandeur justifie seulement de l'atteinte à un droit éventuel.

Toutefois, au terme de la période envisagée, la possibilité de satisfaire au besoin de vengeance privée trouve un exutoire sur le plan du préjudice d'affection. La jurisprudence apprécie alors plus rigoureusement la probabilité du préjudice matériel invoqué. En cas de décès d'un enfant en bas âge (20), d'une fillette (21), d'un aliéné incurable (22), il n'est tenu compte que des débours et du manque à gagner résultant directement de l'accident. Un arrêt de la Cour de Besançon en date du 27 mai 1889 alla même jusqu'à rejeter l'action intentée par des orphelins mineurs dont l'aïeul maternel avait été victime d'un accident mortel au motif que l'aïeul paternel « qui paraissait être en meilleure situation » financière devait pourvoir à leur entretien (23). Cette appréciation souveraine des juges du fait échappe au contrôle de la Cour (24).

74. — En revanche, lorsqu'il s'agit de familles désunies, les juges du fond estiment que la chance d'obtenir des subsides était trop éventuelle pour justifier l'octroi d'une indemnité. C'est ainsi que de simples considérations de fait justifient le rejet d'actions intentées par un fils indigne (25), un ascendant légitime (26) ou naturel (27), des descendants à l'abri de tout besoin (28), un conjoint survivant séparé de fait (29), le créancier alimentaire éventuel d'un miséreux aux « habitudes alcooliques invété-

(19) P. ex. : Chambéry, 23 décembre 1878 (suppl. Rep. D., t. 15, éd. 1895, p. 60) ; Alger, 23 mai 1892, S. 1894.2.62 (en fait, il s'agit d'un préjudice d'affection) ; T. Civ. Lille, 26 juin 1890, G.P. 1890.2.205.

(20) T. Civ. Limoges, 18 mars 1904 (G.P. 1904.2.314) : enfant âgé de 21 mois.

(21) T. Correct. Seine, 26 octobre 1905 (G.P. Tables 1902-1907, V° Resp., n° 100) : fillette âgée de 12 ans.

(22) T. Civ. Lyon, 26 mai 1897 (G.P. Tables 1897-1902, V° Resp., n° 22, p. 433).

(23) S. 1890.1.501, sous note.

(24) Req. 15 avril 1890, Gaillard c/ PLM. S. 1890.1.501, Pand. 1890.1.224.

(25) Cour d'Assises de Metz, 17 février 1819 préc. (Le fils avait abandonné sa mère à la charité publique ; en outre il « devait tôt ou tard avoir à sa charge sa mère ») ; Comp. Trib. Comm. Seine, 16 août 1905, G.P. 1905.2.371.

(26) T. Civ. Castelnaudary, 9 décembre 1886, G.P. 1887.1, suppl. 50.

(27) Bordeaux, 18 avril 1907, Rec. Bordeaux 1907.1.241, G.P. Tables 1907-1912, V° Resp., n° 98. Les reconnaissances posthumes intéressées sont ainsi découragées (Comp. Orléans, 18 février 1858, D.P. 1858.2.114 : Une mère naturelle obtient une indemnité car elle entretenait avec sa fille des rapports intimes dépourvus de toute pensée spéculative).

(28) T. Civ. Seine, 23 novembre 1904, Gaz. Trib. 1905, 1er semestre, 2.355, cité in Perreau, Rev. Tr. Dr. Civ. 1910, p. 513.

(29) Refus d'indemniser une veuve séparée de corps à son profit mais dont le mari était dans la misère : T. Civ. Toulouse, 1er décembre 1910, G.P. Tables 1907-1912, V° Resp., nos 29 à 31. *Contra* : Indemnité accordée à une veuve séparée de fait depuis vingt ans mais n'ayant pas renoncé à exiger des subsides. Trib. Comm. Seine, 7 mai 1908, Gaz. Trib. 9 juillet 1908, G.P. Tables 1907-1912, V° Resp., n° 89.

rées » (30). Les chances de remariage sont prises en considération lorsque la veuve, demanderesse, n'apparaît pas inconsolable (31).

La circonspection des juges du fond témoigne ainsi que la qualité de créancier alimentaire même à titre virtuel n'est pas suffisante. Du moins, est-elle nécessaire ?

B - *Demandes formées sans lien alimentaire.*

Intuitivement, il nous semble que de telles actions furent rarement soumises à nos Cours. Au surplus, elles émanent essentiellement de proches parents au profit de qui la jurisprudence reconnaît une obligation alimentaire naturelle Mais au terme de la période envisagée actuellement, de nouveaux demandeurs apparaissent.

75. — Lorsqu'une obligation naturelle, ou un devoir de conscience imposait au défunt de secourir le demandeur en cas de besoin, tout bien considéré, la situation est, en droit, assez voisine de celle d'un créancier alimentaire virtuel non assisté avant l'accident mortel. Elle est, en fait, plus stable lorsque la victime immédiate lui accordait bénévolement et régulièrement des subsides (1).

Au sein de la famille légitime, le débat concerne essentiellement les actions intentées par les frères ou les sœurs de la victime immédiate (1 bis). L'arrêt précité de la Cour de Rouen du 24 février 1894 est isolé. Sa notoriété est liée uniquement à celle de son annotateur.

La majorité des arrêts admettent le principe d'une action (2). Ils appliquent donc la formule libérale de l'arrêt Caderousse-Grammont adoptée à l'occasion d'une demande formée par une mère âgée (3). Si la victime immédiate subvenait, même indirec-

(30) Victime immédiate à la charge de son fils, demandeur par ricochet (Trib. Civ. Toulouse, 1er décembre 1910 préc.).

(31) Dijon, 23 novembre 1866, 1re ch., Vve Monot, D.P. 1867.2.13.

(1) Cf. note Dupichot préc., II 3° a et b, J.C.P. 1968.II.15510.

(1 bis) L'existence d'une obligation naturelle est reconnue par une jurisprudence traditionnelle (p. ex. Civ. 5 mars 1868, D. 1869.1.286).

(2) P. ex. : Bourges, 16 décembre 1872, S. 1874.2.71, D.P. 1873.2.197 : « ...pas nécessaire que des obligations naturelles ou légales les rattachent l'un à l'autre » ; Dijon, 12 mai 1897, S. 1897.2.243 : « ...importe peu que la victime eût été, le cas échéant, astreint ou non à lui fournir des aliments ». Cet arrêt infirme T. Civ. Autun, 24 novembre 1896, S. 1897.2.243, *Contra* : Rouen, 24 février 1894 préc., n° 68 in fine et T. Civ. Limoges, 15 mai 1908, S. 1909. Somm. 2.10.

(3) Rapp. Nouguier préc. devant Crim. 20 février 1863, Caderousse Grammont, S. 1863.1.322, col. 2 (2 frères diminués étaient à la charge de la demanderesse). Cf. *supra*, n° 68 pour l'attendu de principe.

tement (3), aux besoins de son frère ou de sa sœur, l'indemnisation est généralement accordée (4).

En revanche, lorsque la victime immédiate n'assistait point le demandeur, le préjudice allégué reste éventuel (5), à moins que des circonstances spéciales n'aient concrétisé un espoir d'assistance (6).

De même, au sein de la famille dite « naturelle », les liens du sang et une assistance effective justifient fréquemment l'allocation de dommages-intérêts. Les ascendants des parents naturels, créanciers d'une simple obligation naturelle alimentaire (7), justifient d'un préjudice certain et juridiquement réparable si par exemple ils cohabitaient avec leur « petit-fils naturel » que l'autorité militaire avait libéré par anticipation comme soutien de famille (8). Le père ou la mère naturelle qui ont la possession d'état justifient d'un préjudice certain, même en l'absence d'un lien de filiation légalement établi (9). Il est bon de relever que, d'une part, la Cour Suprême ne semble pas avoir eu l'occasion de se prononcer sur de telles actions et que, d'autre part, les espèces citées concernent uniquement des filiations naturelles simples.

76. — En dépit d'attendus de principe extrêmement libéraux, les juges du fond écartent en fait tous les demandeurs, qui ne justifient pas au moins d'une créance naturelle. Certes, la motivation empruntée à l'arrêt Caderousse-Grammont semble libérale

(4) P. ex. : T. Civ. Lyon, 11 juin 1892, Bret c/ Dupanloup, S. 1894.2.22. (frère impotent : « vivait surtout de l'assistance de son aîné ») ; Bourges, 16 décembre 1872 préc. : « auxiliaire utile » dans la gestion de l'indivision ; T. Civ. Toulouse, 17 avril 1902, S. 1905.2.81, note Lacoste : Une sœur âgée de 78 ans, cohabitant depuis 20 ans avec le défunt et totalement à sa charge obtient une indemnité refusée aux autres frères et sœurs ; Bordeaux, 14 mai 1907, Dlle Tiret, S. 1909.2.221 : à la charge du défunt, elle lui était « rattachée par un lien tout au moins moral ».

(5) P. ex. : Douai, 28 décembre 1892, S. 1894.2.22 ; Amiens, 10 juillet 1901, S. 1902.2.8 ; T. Comm. Seine, 16 août 1905, G.P. 1905.2.371, D.P. 1906. 5.46 : La sœur étant décédée à l'âge de 9 ans, le « demandeur aurait dû plutôt lui venir en aide » ; Douai, 7 juillet 1892, S. 1894.2.20.

(6) T. Civ. Ancenis, 24 juillet 1835, esp. Paillusson c/ Huet, Rep. D., t. 39, éd. 1858, p. 310, note 2 : « ...privés des secours qu'ils pouvaient en attendre... liens si chers... » ; Lyon, 18 mars 1865, S. 1865.2.258 ; T. Comm. Seine, 14 avril 1909, G.P. Tables 1907-1912, V° Resp., n° 93 à 97 : concours éventuel.

(7) R. Savatier préc., V° Aliments, n° 60.

(8) T. Civ. Rodez, 10 avril 1911, G.P. Tables 1907-1912, V° Resp., n° 96 et s. (grand'mère âgée et « en droit d'espérer son aide »).

(9) Paris, 16 novembre 1871, Yung c/ Vve Bernhardt, D.P. 1872.2.62, (Le responsable arguait ici du caractère dolosif de la transaction conclue avec la mère naturelle, vu l'absence de reconnaissance régulière) ; Trib. Civ. Saint-Flour, 2e ch., 21 décembre 1882, Regimbal c/ Mijoule, G.P. 1883.1.259, où l'enfant avait été élevé par elle et déclaré né d'elle par un tiers : « Il est *de jurisprudence* que la mère naturelle est fondée à réclamer des dommages-intérêts à raison d'un accident qui a causé la mort de son fils, bien que ce dernier n'ait pas été régulièrement reconnu par elle ».

au premier abord. Toutefois, l'allusion renouvelée à « celui de ses ayants droit qui en demande la réparation » témoigne suffisamment que la Chambre Criminelle entendait exclure a priori les étrangers (10).

De fait, si l'on admet en théorie qu'un héritier *ab intestat,* qui n'était pas créancier alimentaire du *de cujus* puisse invoquer un préjudice personnel juridiquement réparable, l'on se hâte, en fait, de qualifier ce préjudice d'incertain (11).

C'est à peine si l'on peut relever une décision d'une juridiction inférieure indemnisant un neveu pour le décès d'une tante qui « l'a élevé et lui prêtait encore une assistance utile » (12). Autant dire qu'un étranger, bénéficiaire « d'actes de bienveillance habituels », allègue un préjudice matériel trop incertain (13).

D'ailleurs, la Cour Suprême, par deux arrêts de cassation rendus en 1913, interviendra pour écarter toute indemnisation au profit des enfants adoptifs et naturels de fait au motif qu' « un préjudice direct et un droit actuel peuvent seuls servir de base à une action en réparation du dommage causé par un délit... » (14). Est-ce un revirement de jurisprudence ? Est-ce seulement une explicitation des notions d'ayants droit et de « lien » évoquées dès l'arrêt Caderousse-Grammont ? C'est, du moins, le terme d'une première phase du droit positif.

II - *Commentaire et synthèse.*

Les espèces analysées se prêtent difficilement à une systématisation théorique. Du moins, sont-elles riches en enseignements pratiques.

A - *Théorie juridique : Rejet du système du droit muni d'action.*

Les notions d'obligation alimentaire et de liens de famille gouvernent la question. Il importe de les préciser en exposant le sens

(10) Crim. 5 août 1910, Jamin c/ Alix, B. Crim. 1910, n° 436, p. 819, reproduit exactement le motif de principe de Crim. 20 février 1863 préc.

(11) Besançon, 1er décembre 1880, Boillon c/ PLM, S. 1882.2.20 : « L'action... exercée par les héritiers d'une personne victime d'un accident n'est point subordonnée à leur qualité d'héritiers réservataires ou au droit qu'ils auraient eu de réclamer au défunt des aliments... Il est indispensable que ce préjudice soit non seulement... possible, mais certain ». Comp. Req. 21 juillet 1869, PLM c/ Dombret, D.P. 1872.5.386, n° 1.

(12) T. Civ. Toulouse, 17 janvier 1906, De Favelly c/ Calmels, D. 1906 5.64, *Contra* : T. Correct. Seine, 8e ch., 2 avril 1909, D. 1909.5.24, Un neveu, légataire universel par ailleurs, « ne justifie d'aucun préjudice ». Nota : Il ne semble pas que la jurisprudence reconnaisse une obligation naturelle alimentaire entre oncles et neveux bien que ces derniers soient des collatéraux privilégiés (art. 750, C. Civ.). Voyez cependant dans le sens d'une telle obligation, T. Civ. Le Havre, 27 juillet 1935, G.P. 1935.2.759.

(13) T. Civ. Seine, 14 mai 1909, G.P. Tables 1907-1912, V° Resp., nos 26 à 28.

et la portée de la jurisprudence dans l'esprit de l'époque avant de porter un jugement de valeur.

77. — En somme, seuls les proches parents justifient d'un préjudice matériel réfléchi réparable. Bien plus, selon une doctrine et une jurisprudence minoritaires, seuls les créanciers alimentaires du défunt seraient recevables à agir.

Les opinions doctrinales sont diverses. Certains auteurs, afin de pénaliser le responsable, préconisent une grande générosité dans l'appréciation du caractère « certain » du préjudice allégué (1). La doctrine dominante assigne au critère de *l'obligation alimentaire un rôle essentiellement probatoire* (2).

En outre, l'obligation alimentaire répond à l'exigence de « l'atteinte à un droit acquis » formulée par la plupart des auteurs du XIX^e^ siècle (3) ainsi que par certaines décisions (4). Exigée de tout dommage quelle qu'en soit la nature, cette formule stéréotypée ne présente dans la *terminologie de l'époque* aucun sens technique précis mais une simple coloration morale.

L'étude des arrêts révèle d'ailleurs que le droit positif se contentait de l'atteinte portée à une simple situation de fait (5),

(14) Crim. 7 février 1913, Tanzin c/ Bereni, D. 1913.1.373 : ... « si ces constatations établissent le préjudice qu'a pu subir la partie civile, elles ne font apparaître l'existence d'aucun lien en vertu duquel elle aurait reçu de la dame M. l'aide et les soins nécessités par son état ; que, par suite, *le délit... n'a porté atteinte à aucun droit qui fût acquis à la partie civile* ». Casse l'arrêt confirmatif rendu par Paris, 23 novembre 1912 (Infirme et à la charge de la victime immédiate, le demandeur était probablement son fils).

Motivation identique pour Crim. 18 juillet 1913, Duno c/ dame Coursière, B. Crim. 1913, n° 357, p. 692, (Casse Paris, 31 janvier 1913 : élevée depuis l'âge de 4 ans par la victime immédiate, la demanderesse cohabitait avec elle en exploitant un commerce commun).

(1) Avec des nuances, voyez p. ex. AUBRY et RAU, 4^e^ éd. 1871, t. 4, § 445, p. 748 et les arrêts cités *supra*, n° 73.

(2) DEMOLOMBE est formel : Cours éd. 1882, t. 31, n° 675, p. 579 (à propos des frères et sœurs... et de l'associé). Adde : DURANTON, éd. 1842, t. 13, n° 702, p. 721 ; LAURENT, 3^e^ éd. 1878, n° 534, p. 578 et n° 528, p. 572 ; BAUDRY-LACANTINERIE, Traité 3^e^ éd. 1909, t. 15, n° 2283, p. 585.

(3) MERLIN de DOUAI, V° Question d'état, § 1, p. 554, *op. cit* ; SOURDAT, *op. cit.*, éd. 1876, t. I, n° 46, p. 33 et n^os^ 414 et 682 ; GIBOULOT, note préc., D.P. 1872.2.98, col. 1, etc...

(4) « Pour être *recevable* à se plaindre d'un dommage causé, il faut avoir été *lésé dans un droit acquis*, personnel ou, du moins, d'ordre privé » (T. Civ. Clermond-Ferrand, inédit cité au Rep. Dalloz, t. 39, éd. 1858, V° Resp., n° 161). Adde : Crim. Rej. 6 août 1910, Richard, B. n° 437, p. 821 : ...« aucun intérêt né et actuel, aucun *droit présentement formé* à la réparation du délit, condition nécessaire pour la recevabilité... ».

(5) Req. 1^er^ mars 1875, D.P. 1876.1.178 et s. : « La recevabilité de cette action, fondée sur la destruction de constructions qui étaient l'œuvre de B. et que celui-ci possédait *en fait*, n'était pas subordonnée à la condition que celui-ci... justifierait de la possession *légale* de ce terrain ».

pour autant qu'elle fût légitime (6). C'est pourquoi, dans l'hypothèse des subsides, les arrêts se contentent, sinon de la simple atteinte à une situation de fait, du moins d'une assistance effective lorsque l'intention libérale se fonde sur un lien juridique même imprécis, tels les liens du sang ou l'obligation naturelle. En revanche, la doctrine et la jurisprudence du XIX[e] siècle rejettent l'exigence « arbitraire » d'une obligation alimentaire née et actuelle avant l'accident (7), c'est-à-dire l'atteinte à un droit subjectif muni d'action, au sens où l'entend la doctrine moderne (8).

78. — L'appréciation portée sur cette jurisprudence ne peut être que favorable : A l'instar de Demolombe, les « exégètes » (sic) se fiaient au bon sens et tenaient en horreur les constructions juridiques spécieuses et arbitraires (9). En effet, la qualité de créancier alimentaire éventuel de la victime immédiate ne peut constituer un critère absolu de la certitude du dommage (10). D'une part, juger irrecevables a priori les actions intentées par des personnes assistées bénévolement et de longue date (frère, grand-père naturel, etc...) constitue une injustice flagrante doublée d'une *inelegantia juris* puisque l'on se contente par ailleurs d'une obligation alimentaire purement virtuelle. D'autre part, l'existence d'une telle obligation, voire d'un droit à pension constaté en justice, n'établit pas la certitude du dommage invoqué, encore moins son quantum (11).

Il eût été concevable de définir le dommage réparable comme l'atteinte à un droit subjectif sanctionné par une action en

(6) Voy. Civ. Rej. 27 avril 1857, Pline c/ Dubois, D.P. 1857.1.173, (Des eaux détournées frauduleusement sont souillées. Ce préjudice est irréparable car il a « son principe dans la violation du droit d'autrui »).

(7) Voy. les critiques adressées par le Pr. Lacoste à l'arrêt préc. de Rouen, 24 février 1894, S. 1897.2.25, col. 1 : « En adoptant un système aussi restrictif, la Cour contredit l'opinion communément admise... et il paraît bien difficile de la soutenir ». Adde : GIBOULOT préc., D.P. 1872.2.97, col. 2, in fine.

(8) Voy. les observations de MM. MAZEAUD-TUNC sur les divers sens de « droit acquis », *op. cit.*, n° 276.

(9) Les premières monographies sur la question sont plutôt tardives, semble-t-il (p. ex. : PARMENTIER, *Droits de la famille sur l'indemnité en cas d'accident*, Th. Paris 1904) ...L'influence de la loi du 9 avril 1898 sur cet éveil doctrinal est certaine.

(10) Comp. notamment sur cette critique du rôle exclusif (et non pas probatoire et relatif) du critère de l'obligation alimentaire : FLOUR, *op. cit*, Rev. Crit. Leg. et Jur. 1938, p 358 ; ROUX, *op. cit.*, S. 1937.1.153.III ; RODIÈRE, note au J.C.P. 1945.II.2893, §. 1, 3° ; LALOU, *op. cit.*, D.H. 1931, Chr. p. 24 et s., § 1 ; LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, p. 45 (« Limination vouée à l'échec »), etc...

(11) Cf. *supra* par ex. : Abandon de famille. A l'inverse, assistance effective outrepassant la dette alimentaire ; perte d'un enfant en bas âge, débiteur éventuel mais... créancier actuel.

justice (12). Telle n'est pas la conception de l'époque. L'arrêt Caderousse-Grammont de 1863, ainsi que l'arrêt Jamin de 1910 se contentent, en effet, d'un lien quelconque entre la victime immédiate par ricochet et ses ayants-cause, victimes médiates (13). Certes, les arrêts rendus par la Chambre Criminelle en 1913 à l'occasion d'enfants de fait précisent qu'il s'agit d'un *lien juridique* « en vertu duquel la partie civile *a reçu* soins ou services », mais ils ne requièrent nullement le *droit d'exiger* de tels soins (14). Au surplus, ces arrêts restèrent isolés. La Chambre Criminelle se lassant, s'inclina un an plus tard devant la résistance de la Cour de Paris, se contentant d'un lien de pur fait (15).

B - *Enseignements pratiques.*

79. — L'analyse détaillée des espèces répertoriées, tout comme l'essai de synthèse juridique auquel nous nous sommes livrés, recèlent deux types d'enseignement quant à la pratique judiciaire et à l'effectivité du droit objectif.

D'une part, la « vocation pénale » de l'action en réparation du préjudice matériel réfléchi reste certaine. Seuls les très proches parents peuvent agir. En outre, vu l'impossibilité de « réparer » le préjudice moral réfléchi, les magistrats témoignent d'une indulgence certaine au plan de la certitude du dommage pécuniaire (16). Les juridictions répressives témoignent d'une générosité spéciale envers les demandeurs.

D'autre part, en dépit du libéralisme des principes juridiques, la possibilité d'un raz-de-marée d'actions est exclue. Le risque en fût, certes, évoqué par les auteurs (17). Pour leur part, les praticiens le tenaient pour négligeable. L'exigence d'un préjudice

(12) Ce débat sera évoqué à l'occasion de l'étude des arrêts de Crim. 13 février 1937 et Civ. 27 juillet 1937, D.P. 1938.1.5, 4 espèces, note Savatier.

(13) Crim. 5 août 1910 préc. : « L'art. 1382 ne limite en rien... la nature du lien qui doit unir... ».

(14) Crim. 7 février 1913 et Crim. 18 juillet 1913 préc. Comp. Jur. sur l'atteinte à un droit acquis conçu de façon extensive et libérale. P. ex. Req. 1er mars 1875 préc. Comp. avec C.E. 11 mai 1928, *infra*, n° 102, note 2.

(15) Cf. *infra* notamment, Crim. Rej. 1er août 1914, B., p. 659. Pour les divers systèmes théoriques, cf. supra, nos 10 et 11.

(16) T. Civ. Saint-Etienne, 26 juin 1889 préc. (séparée de corps) ; Bordeaux, 30 novembre 1881 préc., S. 1882.2.183 (enfant en bas âge) etc... Démarche inverse plus tard voy. p. ex. T. Civ. Carcassonne, 4 janvier 1923, D. 1924.2.35, sous note.

(17) P. ex. : « Une objection s'élève toutefois ; on dit : « Où vous arrêterez-vous dans cette voie ! » (Demolombe, *op. cit.*, t. XXXI, p. 577... objection réfutée aussitôt). Adde : « Le plus ou moins grand nombre de réclamations et d'instances auxquelles donne lieu le décès... ne doit avoir aucune influence sur l'admission de chacune des parties lésées » (Giboulot, note préc., D.P. 1872.2.97, col. 2).

certain résultant directement du décès écarte donc des prétoires les demandes abusives (18).

Au surplus, l'analyse des espèces ayant donné lieu à une indemnisation *effective* vérifie cette assertion. En effet, la Cour Suprême n'avait jamais connu avant 1913 d'une action intentée par une personne juridiquement étrangère à la famille de la victime immédiate (19). C'est pourquoi les arrêts Duno et Tanzin rendus en 1913 tendent à exclure de la liste des ayants-droit les enfants (naturels ?) adoptés de fait en invoquant l'absence d'un lien juridique. Mais, nous l'avons dit, ces arrêts ne firent pas jurisprudence.

Il semble donc que, au plan des *solutions concrètes, seuls de très proches parents* soient indemnisés et que la Cour Suprême ait désapprouvé en 1913 l'indulgence des juges du fond qui tenaient compte de la parenté de fait.

Au plan des formules abstraites, la jurisprudence Caderousse-Grammont condamne comme arbitraire toute distinction, telle celle qui consisterait à exiger un lien alimentaire : Le système le plus restrictif (droit subjectif muni d'action) est donc écarté. En revanche, il est difficile de préciser si, sous le vocable d' « atteinte à un droit acquis » se dissimule l'adoption du système de l'atteinte à un intérêt légitime ou bien celle de l'exigence d'un lien de droit *lato sensu*. Les juridictions du fond inclinent progressivement vers le système libéral de l'atteinte à un intérêt légitime (indemnisation d'un grand-père naturel ou d'une mère naturelle sans reconnaissance régulière) en dépit d'une velléité de résistance de la Cour de Cassation en 1913 (Adoption du lien de droit *lato sensu* : lien de famille exigé et refus d'indemniser l'enfant de fait).

Les arrêts de 1913 ne firent pas jurisprudence (20). Au cours de la seconde phase envisagée s'affirme, au plan des principes, l'adoption du système de l'intérêt légitime et, au plan des solutions concrètes, l'extension de la liste des ayants-droit à des parents plus éloignés ainsi qu'à la famille de fait.

(18) Un arrêt rendu par la Cour d'Alger le 23 mai 1892 assure que, de ce fait, « l'action ne saurait s'étendre indéfiniment » (S. 1894.2.62). Comp. Lacoste préc., S. 1897.2, p. 25, col. 2. Cf. *supra*, nos 7 et 8.

(19) Les thèses consacrées à l'Union libre n'envisagent même pas cette question. P. ex. : Th. Peytel (Paris 1904) ; Ayrenx (Paris 1908) ; Regard de Villeneuve (Paris 1910) ; Leroy (Lille 1909), etc...

(20) *Contra* : Crim. 1er août 1914, B. 1914, n° 357, p. 659 (enfant recueilli) et Crim. 3 janvier 1914, B., n° 7, p. 12 (perte d'un jeune frère) etc... Indemnisations admises.

SECTION II

DU LIBERALISME ET DE SON ECHEC (1914 A 1937)

80. — Le 1er août 1914, après avoir rendu deux arrêts de cassation en moins de dix-huit mois, la Chambre Criminelle s'incline devant la résistance de la Cour de Paris (1) : Elle reconnaît un droit à indemnité au profit d'une dame Wablenski, enfant de fait de la victime immédiate qui l'aidait financièrement depuis son divorce (2). Les arrêts de 1913 restèrent donc sans lendemain.

Cette volte face de la Chambre Criminelle est maladroitement voilée. La rupture avec la période précédente n'en est pas moins certaine (3). A la motivation si brève et d'une langue si pure de l'arrêt Caderousse-Grammont succède une logomachie jurisprudentielle qui emmêle les notions les plus diverses voire les plus contradictoires, telles que « généralité de l'article 1382 » (4) voire de 1384 (5), « droit actuel » (6), « droit acquis », situation de fait qui « fait apparaître un lien d'où découlait un droit acquis » (7), etc.... Au surplus, ces notions restent aussi imprécises que dans

(1) Crim. 7 février 1913 préc. cassait Paris, 23 novembre 1912 et Crim. 18 juillet 1913 cassait Paris, 31 janvier 1913.

(2) Crim. Rej. 1er août 1914, Vincent c/ dame Wablenski, B. Crim. n° 357, p. 659 (pourvoi contre Paris, 25 mars 1914). La demanderesse avait reçu des « soins maternels » jusqu'à son mariage. Après son divorce, elle vivait des seules ressources de la défunte : « Cette situation fait apparaître le lien... auquel la mort de la victime a porté atteinte. »

(3) *Contra,* Flour, *op. cit.,* Cours Lic. II, 1964-65, p. 625, note 1.

(4) Crim. 18 juillet 1918, B., p. 293 ; Crim. 26 novembre 1926, D. 1927. 1.73, note Lalou, S. 1927.1.273, note J. Roux.

(5) Paris, 5e ch., 13 juin 1931, Morel c/ Soc. Tr. Métaux, G.P. 1931.2.273.

(6) Crim. Rej. 28 février 1930, D.H. 1930.197, D.P. 1930.1.49, note Voirin, S. 1931.1.145, note Marty : Cet arrêt répond par un pléonasme vide de sens en parlant d'un « droit actuel à réparation » et non du « droit actuel » lésé par l'accident et qui conditionne le droit à réparation.

(7) Crim. Rej. 1er août 1914, B. Crim. 1914, n° 357, p. 659 préc., ...alors qu'aucun lien de droit n'existait en l'espèce (Adoption de fait).

la période précédente, faute de réflexion doctrinale sur leur sens et leur portée (8).

La doctrine de la Cour Suprême, implicite dans l'arrêt Wablenski du 1er août 1914, fut formulée par un arrêt de cassation rendu par la *Chambre Criminelle le* 18 *juillet* 1918 dans des circonstances de fait voisines : La victime d'un assassinat laissait trois enfants naturels dont deux qu'elle avait omis de reconnaître. La Cour d'Assises du Vaucluse refusa d'indemniser ces deux enfants. L'arrêt de cassation, au style embarrassé, adopte une doctrine libérale à l'occasion de demandeurs étrangers à la famille légale, ce que n'avait jamais envisagé la Cour Suprême auparavant (8 bis). L'existence ou, du moins, l'importance de cet arrêt Boniface échappa à la doctrine (9). Le fond n'en mérite pas moins attention : « s'il est constant que seuls un préjudice direct et un droit actuel peuvent servir de base à une action en réparation..., *ce droit actuel, quel qu'il puisse être, se trouve compris, par cela seul qu'il existe, dans la généralité des termes de cet article* (1382 *C. Civ.*) qui ne limite en quoi que soit ni la nature du fait dommageable, ni la nature du dommage éprouvé, ni la nature du *lien de droit qui peut exister* entre la victime et celui qui poursuit la réparation de ce dommage... Dès lors, rejeter une demande par l'*unique* motif qu'il n'existe entre le demandeur et la victime « aucun lien de parenté », c'est apporter à ce texte une restriction qu'il exclut. » (10).

La portée du chapeau de cet arrêt de cassation est triple : La notion de droit actuel introduite par les arrêts de 1913 (rendus sous la présidence du même magistrat, le Président Bard) est vidée de toute substance. La victime du dommage réfléchi n'est plus nécessairement l'un « de ses ayants droit » (Crim. 20 février 1863). S'il est précisé que le « lien » est un lien « de droit », cette exigence est atténuée par la substitution de « peut » à « doit unir » les deux victimes. D'ailleurs, l'arrêt se fonde, en *l'espèce*, « *sur le trouble apporté à la possession d'état d'enfant naturel* ».

(8) *Durant toute cette période, la doctrine faut en tant que guide de la jurisprudence.* Exception faite du Pr. MARTY (note au S. 1931.1.145 et s.) les auteurs se contentent de critiquer ou de louer sans offrir une amorce de théorie doctrinale cohérente (Ex. : note Roux, S. 1927.1.273 où d'exceptions en surexceptions l'on sombre dans la casuistique). A vrai dire, les années 1914-1919 furent peu propices à un travail doctrinal serein ; ceci explique que des *arrêts fondamentaux* (Crim. 18 juillet 1913, 1er août 1914 et 18 juillet 1918, préc.) ne soient *pas répertoriés* par les grands recueils privés et aient échappé à l'attention des auteurs.

(8 bis) Cf. *supra,* nos 69, 76 et 79 in fine.

(9) M. MARTY lui-même se fonde sur des arrêts peu motivés en droit pur (S. 1931.1.147, col. 2).

(10) B. Crim. 1918, p. 293, n° 159, esp. Boniface c/ Marulli. Casse, Cour d'assises du Vaucluse, 23 avril 1918 ; *Comp.* Req. 25 octobre 1921, D.P. 1922.1.163, G.P. 1921.2.558, (Espèce non corporelle : nécessité d'un intérêt légitime pour toute action en justice).

Ceci est le contraire du droit à un état déterminé puisque la preuve n'en était pas rapportée.

Autant dire que la Chambre Criminelle reconnaît l'existence d'un dommage réfléchi juridiquement réparable dès qu'un préjudice certain résulte de l'atteinte à une simple situation de fait ni illégitime, ni illicite, c'est-à-dire non contraire au Droit, ce qui semble un pléonasme.

81. — Telle est bien la doctrine fondamentale de la Cour de Cassation. Les juges du fond l'acceptèrent d'autant plus volontiers qu'elle leur laissait une grande latitude, du moins quant à l'appréciation de la certitude du dommage (11), notion rebelle au contrôle du juge de cassation (12). L'analyse des espèces répertoriées témoigne que, appliquée avec bon sens, l'exigence d'un préjudice direct, actuel et certain suffit, en matière patrimoniale, à maintenir la liste des ayants droit à indemnité dans des limites raisonnables sans que, pour autant, les magistrats soient ligotés par le jeu d'un critère arbitraire, et partant, injuste (§ 1).

En revanche, la condition de légitimité (ou de licéité) constitue naturellement une question de qualification relevant du contrôle de la Cour Suprême. Cette notion très compréhensive vise surtout l'atteinte aux situations de fait, les situations fondées sur le Droit objectif étant (sauf abus) licites et légitimes par définition. C'est sur ce plan et à l'occasion de demandes formées par des concubines, que juges du fond et auteurs vont se diviser intimement, nécessitant ainsi l'arbitrage de la Cour Suprême (§ 2).

§ 1. — HYPOTHESE GENERALE : LEGITIMITE INCONTESTABLE DU PREJUDICE.

Le lien de causalité et la certitude supposent l'existence antérieure à l'accident de « solidarités » (1), c'est-à-dire de « liens » très étroits, en droit ou en fait. La liste des ayants-droit à indemnité n'est donc pas sensiblement modifiée mais elle est précisée (I). En outre, certaines innovations du droit jurisprudentiel connurent un grand retentissement parmi les juristes. Statistiquement parlant, elles restent marginales (II).

(11) Paris, 5e ch., 21 mars 1931, Kahn c/ Taxis Citroën, G.P. 1931.1.795, et Paris, 5e ch., 18 juillet 1930, Hallet c/ Rosen, G.P. 1930.2.674 : simple problème de causalité ; Comp. Nancy, 14 novembre 1925, G.P. 1926.1.262.

(12) B.G. : Voyez MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Th. Toulouse 1929 et V° Cassation, n° 59 et s. in Rep. D. Dr. Civ.

(1) Trib. Civ. Nantes, 16 juillet 1930, G.P. 1930.2.481 ; Paris, 16 mai 1928, G.P. 1928.2.749 (« solidarité d'intérêts ») ; Terminologie identique in Dabin, *op. cit.* « La Belgique Judiciaire », 1935, p. 527, col. 1.

I. - *Des chefs de préjudice réparés dès le* XIX^e^ *siècle.*

Les réminiscences de la vengeance familiale conjuguées au rôle probatoire de l'obligation alimentaire conduisent à distinguer les créanciers alimentaires, des autres proches qui bénéficient tout au plus d'une créance naturelle.

A - *Existence d'un lien alimentaire.*

L'obligation alimentaire du Code Civil est fondée sur une présomption d'affection entre proches parents cependant que l'unité économique de la famille conjugale explique l'obligation alimentaire entre alliés en ligne directe. Seule cette affection garantit l'efficacité du droit aux aliments. L'étroitesse des rapports familiaux antérieurs importe plus que l'analyse du lien alimentaire conçu comme un droit à exiger des aliments.

82. — La certitude du préjudice allégué est absolue lorsque, au sein d'une famille unie, l'accident mortel frappe un « débiteur » (sic) d'aliments qui exécutait son « obligation » en dehors de tout contentieux. Cette hypothèse englobe l'immense majorité des espèces. Elle vise notamment le préjudice causé par le décès de l'un des époux à son conjoint, ou bien celui que subit un descendant mineur du fait du décès de son père ou de sa mère. En effet, l'obligation alimentaire s'exécute normalement en nature (2). De telles espèces ne soulèvent que des difficultés d'évaluation. A juste titre, les recueils les ignorent, à moins qu'un problème connexe ne soit soulevé à leur occasion (3). Au demeurant, il est souvent délicat de déterminer si ces ayants droit agissaient à titre successoral ou personnel (4).

83. — En revanche, lorsque les liens familiaux sont distendus et que le demandeur ne bénéficiait d'aucune aide effective de la part du défunt, le préjudice allégué paraît très hypothétique (5).

(2) Art. 214 ancien C. Civ. pour les époux ; Art. 203 et 211 pour les enfants.

(3) P. ex. nature juridique de l'état de concubinat dans les coutumes anamites de l'ancienne Indochine Française (Crim. 2 mai 1929, G.P. 1929. 2.100).

Actions intentées par des enfants naturels reconnus publiées accessoirement à une demande de la mère-concubine du défunt dans la même espèce : p. ex. T. Civ. Tarascon, 20 avril 1932, D.H. 1932.5.39 ; Montpellier, 24 juin 1924, D. 1924.2.145, note Savatier, G.P. 1924.2.245 ; T. Civ. Corbeil, 28 décembre 1931, G.P. 1933.1.60 sous note ; Paris, 9 novembre 1932, G.P. 1933.1.59, S. 1933.2.25 ; Aix, 30 novembre 1932, G.P. 1933.1.200 ; etc...

(4) P. ex. l'arrêt Franck (Ch. réunies, 2 décembre 1941, D.C. 1942.25). Civ. 20 mars 1933, Vve Delcayre c/ Messal, S. 1933.1.257, note H. Mazeaud, parle simplement du « dommage subi par la veuve D. ».

(5) *Contra* : MAZEAUD-TUNC I, n° 277-3, p. 349, 5^e^ éd. et p. 365, 6^e^ éd. (« dès que cette preuve — celle de la créance — est apportée, cela suffit »).

Tel est le cas d'une épouse qui, ayant obtenu le divorce et la pension de l'article 301 § I, ne serait jamais parvenue à en obtenir le service (6). Les juges du fond se divisent à l'occasion d'actions intentées par des veuves qui étaient, soit bafouées par un époux volage et dépensier (7), soit séparées de fait et sans secours (8), soit enfin, en instance de divorce (9), voire dans l'attente de la signification du jugement prononçant le divorce (10). Par delà les arguties juridiques relatives au lien alimentaire, la difficulté réside dans l'évaluation de « leurs chances d'obtenir des subsides » (10). Il en va de même si un enfant mineur faisant l'objet d'une délégation temporaire de puissance paternelle au profit de l'Assistance publique perd son père, partant tout espoir de retrouver jamais un foyer normal (11).

84. — La cellule familiale constitue un lien si puissant que certaines décisions indemnisent des parents pour la perte d'une chance d'obtenir une aide ultérieure d'un enfant mineur décédé.

(6) Soulevé incidemment par une postulante au divorce, ce raisonnement semble être retenu a contrario par T. Civ. Lille, 25 avril 1932, 2e ch., Vve Bauwens c/ Granff, G.P. 1932.2.190.

(7) T. Corr Seine, 14 décembre 1926, Dlle Serre, D. 1927.2.55, note H.L. (L'évaluation de l'indemnité tient compte du fait que « le bénéfice net du défunt n'entrait pas dans son ménage légitime »). Paris, 18 mars 1932, G.P. 1932.2.19, sous note b, n'admet pas l'effacement « immoral » du conjoint.

(8) Trib. Correct. Seine, 12 février 1931, Vve Hervy c/ Malateste, G.P. 1931.2.823 sous note a, D.P. 1931.2.57, note Voirin, S. 1932.2.18, (Séparée « depuis longtemps » n'ayant pas divorcé par crainte des frais de procédure, elle « ne justifie d'aucun préjudice »).

(9) Refus absolu : T. Civ. Lille, 25 avril 1932 préc., en présence d'une épouse irréprochable et délaissée exige que le droit à pension ait été « consacré par une condamnation », ce qui est absurde. En effet, la renonciation au droit de réclamer la pension est impossible (Req. 26 juillet 1928, D.H. 1928.463). Séparée ou divorcée à son profit elle pouvait prétendre à une pension.

Autre extrême : Paris, 20 octobre 1932, Vve Guillaume c/ Barriaux, G.P. 1932.2.787, Rev. Gen. Ass. Terr. 1937.176, note M.P. : « cette instance doit rester sans influence sur le principe et l'étendue du droit à l'indemnité de la Vve G. ; pour en décider autrement, il faudrait préjuger de la décision qu'aurait prise le tribunal... ». En fait, il eut été possible d'évaluer les chances de gain ou de perte du procès. Toutefois, l'art. 224, § 3 (réd. loi 26 juin 1919 alors) peut expliquer cette jurisprudence (Les auteurs pensent que le décès interdit même de statuer sur les dépens, voy. Planiol et Ripert, T. II par Rouast, n° 545). Même sens : Lyon, 29 octobre 1920, G.P. 1921.1.50.

(10) T. Civ. de Bayeux, 7 décembre 1933, Legastellois c/ Girard, D.H. 1934.63, (L'épouse, tortionnaire et volage, n'avait « nulle chance d'obtenir jamais des subsides de son mari »). Rapprocher : T. Civ. Valenciennes, 30 novembre 1922, Hecquet c/ Gilson, G.P. 1923.1.48 (demandeur était le mari — accident du travail).

(11) Crim. Rej. 8 juillet 1932, Louradour c/ Assistance Publique, D.H. 1932.509.

Un tel préjudice est d'autant plus éventuel (12) que, sauf exception, l'enfant grève le budget familial.

La jurisprudence se prête peu à une systématisation : Certaines décisions, procèdent par une simple affirmation du préjudice (13). D'autres relèvent le soutien apporté d'ores et déjà (14) ou bien discernent les promesses d'un brillant avenir chorégraphique sur le vu des premières « pointes » (15). Les juges du fait s'efforcent d'établir d'ores et déjà la certitude d'un état de besoin futur chez l'ascendant survivant (16). Mais quelques juridiction refusent toute indemnité de ce chef (17) quitte à retenir l'inutilité des frais d'éducation antérieurs (18) ou bien encore à user du biais de la générosité sur le plan du préjudice d'affection (19).

Cette jurisprudence n'a pas les faveurs de la doctrine (20).

(12) « Un père nourrirait cent enfans
Cent enfans ne nourriraient point un père »
(Dicton Auvergnat).

(13) Pouvoir souverain du juge du fait : Crim. 30 novembre 1934, G.P. 1935.1.103, ((fille âgée de 7 ans). Comp. : Conseil d'Etat, 19 mai 1936, Rec. p. 581 et Cour Suprême de Pologne, 25 novembre 1936 (sous l'empire du Code Napoléon) à Rev. Tr. Dr. Civ. 1939, p. 225, n° 6 (obligation alimentaire future mais certaine).

(14) Jeunes Mobilisés « soutiens de famille » (T. Seine, 1er février 1924, Gaz. Trib. 1925.2.81 ; Civ. 14 mai 1923, Gaz. Trib. 1924.1.279 ; Jur. Belge : T. Civ. Charleroi, 15 avril 1931, S. 1931.IV.21).

(15) Crim. 3 janvier 1914, Blanchet c/ Voigt, B., n° 7, p. 12, (« ...en droit de compter sur son aide dans ses vieux jours : élève de l'école de danse âgée de 10 ans) ; Paris, 10 mars 1920, D. 1920.2.137, note Lalou, G.P. 1920.1. 447 (Fille de 13 ans « devant arriver à se créer une situation au-dessous de la moyenne »).

(16) Paris, 10 mars 1920 préc. (mère naturelle, « d'une santé délicate... aide et assistance dans un avenir très prochain ») ; Colmar, 5 avril 1932, époux Lengy, Rev. Jur. Alsace Lorraine, 1933.391.

(17) T. Civ. de Meaux, 29 janvier 1920, Langelot, D. 1920.2.137, note Lalou, G.P. 1920.1.202 (Préjudice purement éventuel en dépit de la santé précaire d'un demandeur âgé). Jurisprudence belge : T. de Liège, 6 novembre 1932 Rev. Gen. Ass. Terr. 1931, p. 439, note Dor (« caractère éminemment incertain »). Cf. plus nuancé : Colmar, 7 juillet 1933, Koeniger c/ Fettig, Rev. Als. Lorr. 1934.337, considère que le préjudice est « négligeable » car les parents sont dans « la force de l'âge » (a contrario ?).

(18) Pro : Crim. 3 janvier 1914 préc., B., n° 7, p. 12 (« inutilité des sacrifices qu'elle a faits pour son instruction ») Req. 21 octobre 1929, S. 1930.1.10 (« frais devenus inutiles que leur avaient coûté ses études professionnelles ») ; T. Civ. Le Havre, 16 février 1924, Gaz. Trib. 1924.4.127, n° 30.

Contra : Refus (motif usuel tiré de ce que la cause en résiderait dans une obligation légale, etc...) par Colmar, 5 avril 1932 préc. ; Paris, 12e Ch., 26 janvier 1934, Mannheim c/ Delamarche, D.H. 1934.186 ; Paris, 19 juin 1929, Ch. fer Midi c/ de Chazoulière, S. 1929.2.152, infirme Seine, 29 octobre 1927 ; Paris, 13 novembre 1933, G.P. 1934.1.134. Cf. *supra*, n° 36.

(19) Caen, 17 juillet 1918, Bacobi c/ Langeois, Rec. Caen 1919, p. 95 explicite cette nécessité pour écarter des « injustices ».

(20) Demogue, Rev. Tr. Dr. Civ. 1930, p. 107 ; Mazeaud-Tunc I, p. 367, 6e éd. : « Lorsque les parents ne sont pas actuellement dans le besoin, ils ne peuvent pas former d'action en réparation » ; Le Roy, *op. cit.*, n° 179 ; Savatier, *op. cit.*, t. 2, p. 116 ; Perret, *op. cit.*, p. 116 b (perte d'une chance).

Néanmoins, il est permis de penser qu'elle constitue, outre une faveur délibérée, la réparation de préjudices patrimoniaux quelque peu insaisissables mais tenant au trouble profond que subit la cellule familiale (21).

85. — Au delà de la cellule familiale, la probabilité d'une assistance future est moindre. A quelques exceptions près (22), la jurisprudence apprécie avec bon sens la certitude du dommage allégué. Il est nécessaire que l'aide fournie (ou bien, l'état de besoin) préexiste à l'accident (23). Lorsque le demandeur cohabitait avec la victime immédiate, la certitude du dommage en est accrue (24). A l'inverse, un préjudice d'une moralité douteuse, est volontiers qualifié d'hypothétique (25).

B - *Absence d'obligation alimentaire civile.*

86. — A cette époque, la Jurisprudence indemnise couramment des parents dont les demandes étaient accueillies auparavant avec beaucoup de réserve et par quelques rares décisions de juridictions inférieures.

Créanciers d'une obligation naturelle pour la plupart, ils subissent un préjudice certain s'ils justifient d'une assistance régulière (ou d'un engagement novatoire) de la part du défunt.

(21) Le travail ménager d'une fillette, notion aberrante sur la Montagne Ste Geneviève, est une douloureuse réalité au sein du sous-prolétariat méditerranéen de nos bidonvilles. Par ailleurs, lorsque l'un et l'autre des conjoints travaillent, le rôle de « l'aîné » est considérable (p. ex. : surveillance des plus jeunes le jeudi ou lors des vacances scolaires ; « provisions », etc...). Ce n'est pas rabaisser la science du Droit que d'évoquer ces humbles tâches, bien au contraire : Ubi societas, ibi jus.

(22) Paris, 11e Ch., 24 juillet 1929, Gueudret c/ Burguet, G.P. 1929.2.682. Une mère brouillée avec sa fille et s'étant refusée à toute réconciliation a le front de faire valoir son « *droit alimentaire éventuel perdu* ». Elle y parvient.

(23) P. ex. Bordeaux, 5 novembre 1930, Potic, Rec. Bordeaux 1937.102 (parents âgés et à la charge du défunt).

(24) Colmar, 25 janvier 1933, Godfrin c/ Vaillant, Rev. Jur. Als. Lorr. 1934.104 (mère âgée plus cohabitation) ; T. Comm. Seine, 3 mars 1920, Vve Bonnet, G.P. 1920.1.485 (Perte d'un fils âgé de 22 ans vivant avec sa mère, veuve. Son avenir n'était pas problématique en tant que « major » d'un concours d'agrégation et « espérance pour la gloire de la science française »).

(25) Mère participant aux largesses de l'amant de sa fille (liaison adultère au surplus). L'immortalité et l'instabilité de la source des revenus de la fille se répercutent sur le préjudice de la mère, Paris, 26 décembre 1933, Demore c/ Valentin, Rev. Gen. Ass. Terr. 1934.613, G.P. 1934.2.680 sous-note a.

Fils invoquant que sa mère eût pu se marier avec son concubin (espoir successoral déçu) T. Comm. Seine, 31 octobre 1923, D. 1924.2.33, note Lalou, G.P. 1924.1.24 ; Comp. avec Req. 30 avril 1940, G.P. 1940.2.37 (situation matrimoniale régularisée).

L'obligation naturelle revêt alors la force civile (26). Il en est ainsi des collatéraux privilégiés. Le principe même de leur droit à indemnité n'est plus sérieusement contesté à cette époque. Il est désormais affirmé par maints arrêts de la Chambre Criminelle entre 1914 et 1934 (27). Au plan du fait, les juges du fond font preuve d'une certaine circonspection (28). La Cour Suprême, pour sa part, témoigne d'une grande indulgence. Elle autorise notamment la réparation du préjudice matériel réfléchi subi par un mineur du fait du décès d'un frère, lui-même à peine sorti de l'enfance (29), même au sein de la parenté naturelle simple (30).

87. — Il en va de même pour les ascendants et les descendants naturels simples *de fait*. La Jurisprudence ébauchée précédemment (31) est confirmée par des décisions dotées de plus d'autorité. Les enfants naturels simples non reconnus ou bien reconnus irrégulièrement justifient d'un préjudice certain lors du décès

(26) Cf. ex. entre collatéraux (Req. 7 mars 1911, D.P. 1913.1.404 ; Paris, 25 avril 1932, J.C.P. 1932.607).

(27) Crim. Rej. 3 janvier 1914 préc., B., n° 7, p. 12 ; Crim. Rej 21 février 1919, Dlle Lambert, B., n° 54, p. 91 (vie commune et soins de sa défunte sœur etc... : « *lien de nature à justifier la demande...* ») ; Crim. 15 décembre 1923, D. 1924.1.69, G.P. 1924.1.246 (surtout moral) ; Crim. Rej. 30 novembre 1934, Panza c/ Icard, G.P. 1935.1.103. La Cour Suprême ne semble pas s'être prononcée à propos de neveux (L'existence d'une créance naturelle est d'ailleurs douteuse).

(28) Pour l'indemnisation effective : T. Civ. Brive, 29 novembre 1922, dame Monteil c/ Bertou, G.P. 1922.2.749 (Sœur âgée, infirme et à charge) ainsi que les décisions frappées de pourvoi préc. Indemnité limitée au remboursement des frais, Douai, 29 janvier 1929, cité *supra*.

Contra : Caen, 20 juin 1923, Beynier c/ Bergeret, G.P. 1923.2.536, D. 1924 1.69, S. 1924.2.127 (cadeaux mais « sans aucune périodicité et à titre exceptionnel » ; de plus, le décès a « ouvert la succession de son frère célibataire qui aurait pu lui échapper »). Cette décision fut cassée par Crim. 15 décembre 1923, mais sur le plan du dommage moral. Paris, 24 juillet 1929, Gueudret c/ Burguet, G.P. 1929.2.682 (Elle alléguait sans justification qu'elle suivait la même carrière que sa sœur et qu'elle perdait ainsi une aide précieuse) ; Colmar, 25 janvier 1933, Rev. Jur. Als. Lorr. 1934.104.

Paris, 10 février 1933, dame Weisscoff, D.H. 1933.290, témoigne d'une sévérité excessive et dénature les faits. Le défunt subvenait aux besoins du demandeur et par lettre avait déclaré lui « venir en aide selon ses possibilités ». Or, l'arrêt constate que « le défunt a voulu uniquement assurer à sa sœur des secours, mais non lui servir une pension alimentaire ». Aussi certains auteurs ont-ils cru que cet arrêt faisait du lien alimentaire (p. ex. Faivre-Lambert, *op. cit.*, p. 40) une condition nécessaire à la réparation du dommage. En fait, il se place au plan de la certitude et du pouvoir souverain du juge du fond.

(29) Crim. 3 janvier 1914 préc. et 30 novembre 1934 préc. (arrêts de rejet).

(30) Crim. 28 juillet 1933, Bouvat c/ Valente, D.H. 1933.527, G.P. 1933. 2.626

(31) T. Civ. Rodez, 10 avril 1911 préc. ; Paris, 16 novembre 1871 préc ; T. Civ. St-Flour, 21 décembre 1882 préc., n° 75, notes 8 et 9.

de leur mère (32) ou de leur « père nourricier » (33). En effet, depuis la loi du 16 novembre 1912, la reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle est aisée. Autant faire l'économie d'une procédure engagée à titre posthume (34).

Si l'absence d'un lien légal de filiation n'est imputable qu'à la négligence des parents (35) ou bien à « la fiction légale d'absence de parenté et d'obligation alimentaire civile entre les grands-parents et les enfants naturels de leurs descendant » (36), la réciproque s'impose au profit des ascendants. Une assistance effective nove alors l'obligation morale d'assistance (37).

II. - *De l'extension de la liste des ayants droit.*

L'arrêt de principe du 18 juillet 1918 condamne l'exigence d'un « lien de parenté qui apporte à l'article 1382 une restriction qu'il exclut » (1). L'inventaire des espèces révèle pourtant que, si la liste des ayants-droit se diversifie qualitativement, elle s'accroît fort peu quantitativement.

A - *Parents ou alliés.*

88. — Un « lien de parenté ou d'alliance suffit » (2). Du moins, le dommage doit-il être certain. Il est vain de prétendre que le dommage est éventuel par essence (3) Même si, en l'absence

(32) Paris, 13 novembre 1933, Dlle Berjot, G.P. 1934.1.134, (sol. impl. : « *obligation naturelle et morale* de lui fournir les secours nécessaires à la vie... »). Adde : Crim. 1er août 1914, dame Wablenski préc., n° 80, note 2.

(33) Crim. 18 juillet 1918, Boniface préc., B., n° 159, p. 293. Comp. très influencée par la doctrine française : Cour Sup. Pologne, 29 septembre 1936, Rev. Tr. Dr. Civ. 1938, p. 132, n° 5, obs. H. Mazeaud.

(34) Elle serait recevable durant deux années. Ex. : Aix, 27 octobre 1928, G.P. 1929.1.7 (fille naturelle posthume « reconnue » le 18 octobre 1927 soit 30 mois après le décès accidentel du concubin de sa mère). Comp. Nîmes, 12 mai 1933, Bourret, G.P. 1933.2 sous note b., p. 767, D.H. 1933.437 (Reconnu judiciairement le 1er avril 1933 mais décision non définitive) : « Filiation de fait permet l'action... ». Cet arrêt infirme T. Corr. Orange, 3 novembre 1932, S. 1933.2.25 note Tortat, G.P. 1933.1.62 sous-note. Il sera cassé par Crim. 13 février 1937, D. 1938.1.5 lors d'un revirement de jurisprudence ultérieur (cf. nos 111 et s.).

(35) Paris, 13 novembre 1933 préc.

(36) Nîmes, 3 avril 1933, Peschaire c/ Sitjar, D.H. 1933.389 (La victime cohabitait et remettait son salaire aux demandeurs, âgés et besogneux).

(37) Reconnue par T. Civ. Alençon, 28 janvier 1931, D.P. 1931.2.127.

(1) B. Crim. 1918, p. 293 préc.

(2) T. Civ. Brive, 29 novembre 1922, Dame Monteil c/ Bertou, G.P. 1922.2.749. (Cette décision semble, d'ailleurs, ignorer l'arrêt préc. de 1918 et se définit par rapport à Crim. 7 février 1913. *Contra* : Dabin, *op. cit.*, Belg. Jud. 1935, p. 534, col 1.

(3) *Contra* : « La perte de l'espérance d'un bienfait ne ressemble en rien au préjudice certain... » R. Savatier (note D.P. 1924.2.145) et Lalou, D. 1929.1.24 sous Crim. 9 novembre 1928.

d'un véritable engagement, une assistance purement bénévole est susceptible d'un retrait *ad nutum*, la vraisemblance d'un tel retrait (réserve faite d'une modification des besoins de l'un et des ressources de l'autre) est parfois très faible. Le calcul de probabilités auquel doit se livrer le magistrat relève de l'essence même du pouvoir juridictionnel. Il ne diffère pas fondamentalement d'opérations effectuées quotidiennement, telle l'évaluation du préjudice causé par le défaut de renouvellement d'un bail commercial... Les caprices de la mode sont bien plus imprévisibles que ceux d'un bienfaiteurs pris individuellement (4). Aussi bien, les arrêts supputent-ils les chances de durée d'une telle assistance. Le dommage est certain s'il est suffisamment probable ; l'attitude passée du défunt fait bien augurer de son attitude future, si l'accident n'avait pas eu lieu (5).

Tel est le cas, par exemple, d'un beau-frère ou d'une belle-sœur besogneux et infirmes (6) recueillis par le défunt s'il résulte des circonstances que l'assistance « bien que purement volontaire, paraissait devoir se continuer aussi longtemps que les possibilités de celui qui la consentait ou les besoins de celle qui en était l'objet ; que le sentiment désintéressé qui inspirait D. (victime) et d'autre part la gravité et le caractère définitif de la situation de la demanderesse constituaient des garanties de la durée de l'assistance » (7). Tel est également le cas de divers parents et alliés : successibles *ab intestat* (8), parâtre ou marâtre (9). Encore faut-il noter que la plupart des décisions concluent, en fait, à l'incertitude du dommage.

(4) Le calcul n'est « délicat » que dans la mesure où le juge ne peut se décharger ici sur un « expert » (sic) d'une tâche qui lui incombe normalement.

(5) En ce sens : MARTY, *op. cit.*, S. 1931.1.149, col. 1 ; FLOUR, Cours 1964-65 préc., p. 625 in fine.

(6) Il semble d'ailleurs qu'il existe ici une obligation naturelle (Cf R. SAVATIER, Rep. D. D. Civil, V° Aliments, n° 24 préc.).

(7) Crim. 31 octobre 1930 (Lescouvé 1er président, Thuriet rapporteur), Dlle Bisson, S. 1931.1.145, 2e espèce, note Marty, G.P. 1930.2.724, D.H. 1930.572 (belle-sœur) ; T. Civ. Brive, 29 novembre 1922 préc. (beau-frère âgé et infirme).

(8) Trib. Correct. Lyon, 20 février 1930, Feuillieu c/ Chantour, Gaz. Jud. et Comm. Lyon 1930. Jurisprudence p. 190, (Mais le préjudice n'est pas établi par les héritiers naturels).

(9) La tradition et les travaux préparatoires les excluent du bénéfice de l'article 206 C Civ. (Voy. SAVATIER, V° Aliments, *op. cit.*, n° 87). Ils n'en sont pas moins les alliés de leur « beau-fils » (TRONCHET cité in RIPERT et BOULANGER I, n° 2042, p. 763).

Colmar, 5 avril 1932 préc. Rev. Jur. Als. Lorr. 1933.391 (Rejet faute d'obligation alimentaire en dépit de relations affectueuses entre la victime et son parâtre) marque un courant divergent. En notre sens, cf. T. Comm. Seine, 28 octobre 1919, dame Samson c/ Cie Omnibus, D. 1920.2.137, note Lalou, G.P. 1920.1.140 : La belle-fille demanderesse était la légataire universelle de sa marâtre, victime immédiate de l'accident. Le préjudice n'est pas établi en fait. Jugement confirmé sur ce plan par Paris, 9 juin 1920, D.P. 1923.1.52, sous note puis par Req. 10 avril 1922, D.P. 1923.1.52.

B - *Absence de parenté ou d'alliance légalement établies.*

La nature du « lien » qui doit exister entre la victime immédiate et le demandeur n'est aucunement définie par la Cour Suprême. Toutefois, à la lecture des rares décisions qui se prononcent sur de telles demandes, il semble que la jurisprudence exige des liens calqués soit sur les liens de parenté soit sur *l'affectio maritalis*.

89. — Certains demandeurs justifient d'un préjudice fondé sur une *situation pseudo-familiale*. En premier lieu, il s'agit d'un lien de parenté ou d'alliance de fait. Les juristes sont habitués, de longue date, à reconnaître certains effets de droit à des filiations naturelles simples, non légalement établies. Si les demandes émanées d'enfants mineurs étaient accueillies depuis longtemps, il n'en allait pas de même pour les descendants de fait adultes. A ceci, deux explications : L'obligation naturelle à la charge de l'ascendant de fait cesse lorsque l'enfant peut satisfaire à ses besoins. En outre, le succès d'une action en recherche est très problématique. C'est pourquoi la Cour Suprême n'a, après diverses hésitations, entériné une telle demande qu'au profit d'un enfant de fait infirme et hors d'état de se suffire (10).

90. — En second lieu, il s'agit d'une assistance procurée légitimement et fondée sur des liens moraux, sociaux ou religieux que le Droit ne saurait ignorer : Parenté spirituelle au profit d'une filleule, adoptée en fait lors du décès de ses parents (11), adoption de fait par la mère d'une « marâtre naturelle » (sic) (12), adoption de pur fait (13). Ces dernières répondent à divers devoirs de conscience que le Droit peut d'autant moins ignorer qu'ils déchargent ainsi la Société de son rôle d'ultime débiteur

(10) Crim. Rej. 1er août 1914 préc., B., p. 659 (possession d'état, sans ressources et recueillie par la défunte avec ses enfants après divorce). *Contra* : Crim. 7 février 1913 préc., D. 1913.1.373 (Infirme, possession d'état d'enfant, mais il est relevé que la filiation n'a pu être établie, faute sans doute du commencement de preuve de l'article 341, § 3 ancien C. Civ.) et Crim. 18 juillet 1913 préc., B., p. 692 (élevée depuis l'âge de 4 ans, cohabitation, etc...).

(11) Caen, 4 juillet 1933, Sofica c/ Bredin, D.H. 1935.514, (surtout dommage moral).

(12) Req. 2 février 1931, Vve Gillet, D.H. 1931.113, S. 1931.1.123, D. 1931.1.38, G.P. 1931.1.529, J.C.P. 1931.41, Rev. Gen. Ass. Terr. 1931.588. La demanderesse avait élevé la fille naturelle du concubin de sa fille... comme sa propre petite fille. Rejet pour motifs de pur fait : elle recevait de petits « *cadeaux irréguliers* » mais la défunte ne « subvenait pas à son entretien ».

(13) Crim. 8 juillet 1936, dame Marcet, G.P. 1936.2.632. La demanderesse avait « subvenu à l'existence et à l'éducation » de la victime sans « lien de parenté, alliance ou adoption ». Préjudice incertain : seulement frais médicaux.

alimentaire (14). D'ailleurs, si la jurisprudence rejette comme trop incertain le préjudice subi par un organisme d'aide sociale qui perd en la personne de l'un de ses pupilles « une force sociale qu'il avait contribué à créer et dont l'existence était profitable aux intérêts de la collectivité » (15), elle admet, en revanche, la certitude du préjudice résultant de la perte d'un espoir de recours de la Société contre les débiteurs alimentaires de l'assisté (16).

91. — D'autres demandeurs allèguent la perte d'une assistance ou d'un espoir d'assistance fondée sur des liens purement sentimentaux. La cessation d'une assistance fondée sur les liens d'une amitié fraternelle semble constituer une hypothèse d'école. Mais, à défaut de ces liens de l'âme, des demandeurs font valoir la rupture des liens du cœur. L'on conçoit difficilement qu'une fiancée *stricto sensu* soit « entretenue » par son fiancé. Toutefois, même si l'on tient compte de l'inconstance féminine et de l'éventualité d'une autre union, la perte d'un « beau mariage » constitue un préjudice certain (17), abstraction faite de l'inutilité des dispositions prises en vue de la cérémonie ou de l'établissement immédiat (location d'un appartement, démission d'un emploi). Si notre droit positif nie l'existence d'un contrat de fiançailles, ces dernières n'en constituent pas moins un état de fait comportant des conséquences juridiques (18), notamment l'indemnisation des conséquences d'une rupture fautive, c'est-à-dire légère, voire simplement injustifiée. Il est remarquable que la perte d'un « beau parti » ne soit pas retenue par la jurisprudence : L'on ne peut s'empêcher de songer que, sous le couvert de l'incertitude du préjudice, c'est déjà l'immoralité du calcul qui est visée (19).

(14) Le droit contemporain vient en aide à ceux qui sans être légalement débiteurs alimentaires prennent en charge des personnes incapables de subvenir à leurs besoins alimentaires (B.G. / J. Thery, J.C.P. 1948.I.739). La *notion de « personnes à charge »* produit divers effets juridiques : c'est là un « lien de droit » lato sensu.

(15) T. Civ. Carcassonne, 4 janvier 1923, A.P. c/ Milliès, D. 1924.2.35, sous note (Pupille de l'A.P. proche de la majorité tué par la faute de Milliès selon qui « la mort du pupille a libéré d'une charge onéreuse le département »). Solution infirmée par Montpellier, 4 février 1924, D. 1924.2.33, note Lalou.

(16) Crim. Rej. 8 juillet 1932 préc., D.H. 1932.509.

(17) Comment nier une réalité sociale éternelle dont l'expression varie selon les époques ? (Hier : le prince et la bergère de nos charmants conteurs. Aujourd'hui : L'oisif richissime et sa starlette font rêver les lectrices d'une « certaine » presse, malheureusement majoritaire). Ces expressions populaires témoignent suffisamment de l'intérêt attaché par les familles à un « beau » (sic) mariage.

(18) Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. I, éd. 1956, p. 550 et s.

(19) Bruxelles, 14 novembre 1929, S. 1929.4.16, Belg. Jud. 1929.99, voile cette réprobation derrière une motivation ambigüe visant tout à la fois le caractère éventuel (« perspectives d'avenir qui s'offraient prétendûment à son futur mari ») et l'absence de « qualité de femme mariée ». La Cour d'Assises de la Dordogne, 24 mai 1930, S. 1931.2.71, D. 1930.2.133, note Lalou, indemnise la fiancée comme victime *immédiate* (« troubles graves »

La comparaison avec une ancienne jurisprudence relative au courtage matrimonial s'impose (20).

Lorsqu'aux liens du cœur s'ajoutent ceux du corps et de la vie commune en un curieux amalgame du concubinage et des « paroles de futur » du droit canon (21), le recours au critère de la légitimité s'impose.

§ 2. — HYPOTHESE SPECIALE : LEGITIMITE CONTESTEE.

92. — Conçus isolément, les liens du cœur ou ceux du corps ne garantissent pas la certitude du préjudice matériel réfléchi résultant de l'interruption des subsides ou de la perte d'un espoir d'assistance. Lorsqu'aux liens du cœur se joint une communauté de lit et de vie, la certitude du préjudice en est accrue. Au surplus, une jurisprudence traditionnelle reconnaît l'existence d'une obligation naturelle d'assister une concubine âgée et abandonnée (1). Toutefois, ce n'est que la manifestation d'une obligation quasi-délictuelle (2). D'ailleurs, lorsque Planiol écrivait que « le concubinage, établi dans des circonstances d'honnêteté relative (3) donne lieu à une sorte de sécurité pour l'avenir » (4), il voyait là plutôt l'indemnisation d'une séduction fautive à la charge du concubin que l'amorce d'un statut objectif du concubinat.

Abstraction faite du degré de cohérence de chaque cellule sociale constituée par les concubins, il est donc opportun de s'interroger sur l'illégitimité de l'intérêt lésé, voire son illicéité si l'un des concubins s'était détourné de la foi conjugale. Au

consécutifs au choc nerveux subi) mais l'exceptionnelle dignité de la demanderesse peut expliquer cette décision (Elle limitait sa demande au franc symbolique).

Adde : Colmar, 8 décembre 1933, Meyer, S. 1935.2.172 (sol. impl.).

(20) Civ. 1er mai 1855 (D. 1855.1.147) : Rémunération « en rapport avec l'importance du résultat à obtenir ».

« Il avait du comptant,
Et partant, de quoi choisir » (La Fontaine).

(21) Voyez p. ex. : Aix, 27 octobre 1928, G.P. 1929.1.7 et Aix, 30 novembre 1932, G.P. 1933.1.200 ; Voirin note au D.P. 1928.2.169.

(1) Rennes, 7 mars 1904, D. 1905.2.305, note Planiol. Le critère semble résider, selon cet arrêt dans une sorte de « *consortium omnis vitae* » (« Estelle P... lui avait consacré sa jeunesse et pouvait croire son existence définitivement liée à la sienne »).

(2) Ripert et Boulanger, t. I, nos 1126 et 1128.

(3) Comp. p. ex. Voirin, note au D.P. 1929.2.19 ; Morand, « Lois nouvelles », 1929, 1re partie, p. 102 à 111 (critère suggéré : « lien existant entre les concubins est assez sérieux... », p. 111).

Contra : Nast, note au D.P. 1935.2.41 etc... A notre sens, et dans une morale purement laïque, le critère retenu implicitement par Rennes, 7 mars 1904 est satisfaisant.

(4) Note au D.P. 1905.2.305 préc., (col. 2).

surplus, l'horreur séculaire qu'inspirent l'adultère ou l'inceste (5), semble rejaillir sur les enfants issus de tels rapports Certes, depuis quelques décades, la société civile s'est enfin dégagée de l'idée biblique plus qu'évangélique selon laquelle la haine du péché doit s'étendre à la personne même du pécheur et à son innocente descendance. Certes, le problème de la légitimité du préjudice subi par un enfant adultérin revêt en lui-même un intérêt historique depuis la loi du 15 juillet 1955. Cependant, son étude fournit un élément de solution au véritable problème, celui de l'action formée par une concubine.

I. - *Enfants adultérins ou incestueux.*

93. — Le Code Napoléon faisait à ces enfants une condition rigoureuse lorsque, par exception, leur filiation était légalement constatée. Toutefois, il reconnaissait un embryon d'obligation alimentaire civile à la charge des père et mère (6). Aussi, le principe d'un droit à indemnité au cas d'accident mortel n'est-il pas contesté.

Remarquons pourtant que lorsque l'enfant a reçu une formation professionnelle (art. 764 C. Civ.), ou lorsque les forces de la succession lui permettent de prélever ses aliments (art. 762 § 2 C. Civ.), la mort de l'ascendant adultère ou incestueux n'affecte en rien sa créance civile alimentaire. En l'absence d'une décision topique, il nous semble donc erroné d'affirmer que cette créance alimentaire supprime la difficulté (7). L'obligation civile alimentaire n'est ni le critère, ni l'étalon du préjudice car l'assistance de fait excédera presque toujours l'objet, si limité ici, de la créance alimentaire civile. Du moins, la licéité de l'intérêt lésé n'est-elle pas contestable.

94. — En revanche, dans la mesure où la loi française fonde l'interdiction de la constatation officielle d'une telle filiation sur l'horreur tragique qu'inspire — croit-elle — la révélation de « flammes adultères ou incestueuses », il semble a priori contraire à l'ordre public de retenir la certitude morale d'une telle filiation afin de justifier l'allocation de dommages-intérêts au profit d'un enfant adultérin ou incestueux de fait que le défunt assistait bénévolement.

L'évolution des mœurs conduisit très tôt la jurisprudence à

(5) « Ici dispensez-moi du récit des blasphèmes
Qu'ils ont vomis tous deux contre Jupiter mêmes :
L'adultère et l'inceste en étaient les plus doux ».
(Polyeucte, Acte III, Scène 2).

(6) Ripert et Boulanger, t. I, n° 1927 et s. et 1955 et s.

(7) *Contra* : Perret, *op. cit.*, p. 79. 1°. H. Lalou, note au D. 1927.1, p. 73, col. 2. Comp. Marty, note préc., S. 1931.1.149, col. 2 (Le « problème est simple »).

jouer sur les mots en distinguant l'existence d'une créance alimentaire résultant d'une séduction dolosive (8), ou d'un engagement alimentaire même implicite (9) de la proclamation d'une paternité adultérine. Or, ce lien alimentaire assure la certitude et la licéité du dommage allégué par l'enfant au cas d'accident mortel dans la mesure où, précisément, les tribunaux interdisent au tiers, défendeur, d'alléguer que la « situation de fait serait contraire à l'ordre public, comme constituant une filiation adultérine » (10). Le demandeur ne posant point la question d'état mais se plaçant seulement sur le terrain de l'article 1382, la Cour Suprême entérine les décisions des juges du fond lorsqu'elles font « exclusivement état du préjudice direct et actuel subi par celui qui en poursuit la réparation » (11). La réparation du préjudice matériel réfléchi est assurée, abstraction faite des motifs réels de l'intention libérale du défunt (12). Vis-à-vis des tiers, comme au sein de la « famille » adultérine ou incestueuse, la voie est ainsi ouverte à l'hypocrite dichotomie de la loi du 15 juillet 1955 (13). « *Qui tue le père nourricier doit nourrir l'enfant* », pourrait-on écrire.

En revanche, de tels prodiges d'imagination afin d'extraire du concubinage ses aspects les plus honorables sont tout aussi artificiels et peut-être moins opportuns. La concubine est, en effet, moins digne d'intérêt que l'enfant (14).

(8) Civ. Rej. 26 juillet 1864, Leloyeais, B. C., n° 128, p. 203. Indemnité pour séduction proportionnée « au nombre des enfants » sans pour cela « autoriser la recherche d'une paternité adultérine ».

(9) Dijon, 23 avril 1931, D.H. 1931.373.

(10) Conclusions du tiers responsable devant Douai, 23 mars 1931, S. 1931.2.213. Cf. Marty, note préc., p. 149, col. 2 in fine.

(11) Crim. Rej. 10 janvier 1929, Faugère c/ Dlle Serre, J.C.P. 1929.321, D. 1929..1.40, note H. Lalou, G.P. 1929.1.290 et dans la même affaire : T. Corr. Seine, 14 décembre 1926, D. 1927.2.55, note H. Lalou (Critère : « Affection assez profonde et secours assez importants et fréquents pour offrir le *caractère d'un sentiment et de faits durables* »). Sur appel confirmé par Paris, 7 mars 1928 car les « Conditions laissent croire que les subsides ne devaient cesser qu'à sa mort ».

Contra : Rennes, 26 mai 1926, Raveneau c/ Dlle Violin, S. 1926.2.120, D.H. 1926.412, G.P. 1926.2.333. A contre-courant de la jurisprudence, cet arrêt constate que « la paternité ne peut être juridiquement établie ». Il postule donc l'exigence d'un lien de parenté.

(12) Voy. par ex. T. Corr. Marseille, 23 mai 1929, Rossi c/ Lasalandra, J.C.P. 1929.1035, G.P. 1929.2.146 (« L'article 335 C. Civ... ne met pas obstacle à la condamnation à des dommages-intérêts... lorsqu'elle est fondée *exclusivement* sur le fait que l'enfant était l'objet d'une vive effection de la part de la victime qui subvenait à son entretien ») ; Douai, 23 mars 1931 préc., Laloyau c/ Hébrant, S. 1931.2.213, Rec. Douai 1931.144 : « Lien assez sérieux et assez persistant pour que les dispositions de l'art. 1382 C. Civ puissent recevoir leur application ».

(13) Voy. Flour, Cours Lic. I 1959-1960, p. 833 B. I. et l'idée avancée de lege ferenda, p. 837 in fine. Comp. la tentative de « franchise » de Paris, 9 janvier 1969, Désiry préc., D. 1969.144, note R. D. (« sa fille mineure », « filiation de fait »).

(14) En ce sens : René Demogue, Rev. Tr. Dr. Civ. 1927, p. 186, n° 1.

II. - *Concubine.*

95. — Avant 1918, l'action en indemnité d'une concubine du fait du décès de son compagnon, n'était pas même envisagée à titre d'hypothèse d'école par les auteurs. Le remords né de ce manque relatif de perspicacité explique peut-être que l'apparition d'un petit nombre de demandes ait donné lieu à un débordement d'écrits doctrinaux, prophétisant « l'avénement du concubinat » (1) ou élaborant des constructions inutilement complexes (2). Nous nous bornerons pour l'instant à une étude objective et descriptive du droit positif. L'examen de *lege ferenda* de la licéité de l'intérêt né de l'union libre fait l'objet de la dernière partie de cette étude.

En vérité, trois facteurs expliquent l'apparition de demandes formées par des concubines. L'importance sociologique de l'union libre, dans les milieux populaires reste considérable mais elle se double alors d'une influence politico-législative relevant tant d'un idéalisme contestable (3) que de préoccupations électorales, démographiques et militaires (4). En outre, une tradition jurisprudentielle fort ancienne (5) reconnaissait certains effets de droit à l'union libre, mariage apparent comportant à l'instar de l'union légitime une participation aux charges et aux responsabilités (6). Enfin, la jurisprudence de la Chambre Criminelle

(1) Josserand, D.H. 1932, chr. 45 à 51 ; Adde : Nast, D.H. 1938, chr. 37 à 40 (« Crépuscule du mariage légal »).

(2) P. ex. Voirin, note au D. 1929.2.169 et idées développées in Perret, p. 105 et s.

(3) « Combisme » politique ; œuvres littéraires de Paul et Victor Margueritte ou bien de Léon Blum, jeune (« Du mariage » 1907) etc... Sur le plan juridique, thèse Boyer (Nîmes 1908) et « contrat d'union libre », p. 25 et s. Adde : A l'époque, influence de la législation soviétique du « communisme de guerre », etc...

(4) Evolution amorcée avec la préparation à la guerre (L. 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches, J.O. 19 juin 1913, p. 5254 ; L. 14 juillet 1914 sur l'assistance aux familles nombreuses, J.O. 16 juillet 1914, p. 6278) et accélérée par le désir de soutenir à travers sa « compagne » le moral du troupier (L. 5 août 1914 et circulaire d'application au J.O. 23 août 1914, p. 7580 : allocations lorsque soutien indispensable ; Loi du 9 mars 1918, art. 20.3° étendant le moratoire des loyers à la concubine, D.P. 1918.4.89 puis art. 3, Loi 1er avril 1926, D.P. 1926.4.119). Cf. usage constant de désignations euphémiques par le législateur.

(5) La jurisprudence n'a pas seulement « suivi le mouvement » législatif récent. En fait, la tradition remonte fréquemment à l'Ancienne France, cf. n° 233, note 3. (*Contra* : Perret, p. 86).

(6) Ceci exclut la femme « entretenue » ainsi que son homologue masculin. Selon nos conceptions morales, il appartient à titre principal à l'homme de contribuer aux charges du ménage : Code Civil, art. 214, § 2, ancien et nouveau. Adde : Le Code des Pensions Civiles et Militaires de retraite, à travers ses diverses réformes, persiste à traiter sévèrement le « conjoint survivant d'une femme fonctionnaire » sauf si « au décès de sa femme, l'intéressé est atteint d'une infirmité ou maladie incurable le rendant définitivement incapable de travailler » (article L. 50 de la loi du 26 décembre 1964, D. 1965. L. 51... comp. article L. 38 : Pension de la

(Arrêt Boniface du 18 juillet 1918), fixée à propos de l'enfant de fait permet la rencontre, d'une part, d'un courant social favorable à l'union libre et d'autre part, d'un courant réaliste et traditionnel selon lequel l'union libre constitue une situation de fait qui n'emporte par elle-même aucune déchéance. Toutefois, l'apparition de telles actions, faisant office de révélateur, perturbe progressivement la jurisprudence libérale fixée en 1918. L'analyse de la jurisprudence témoigne en effet que le libéralisme de la Chambre Criminelle au niveau des principes, conduit au cahos au niveau des solutions concrètes. La nécessité d'unifier cette jurisprudence incite à en reconsidérer les prémisses.

A - *Analyse du droit positif.*

96. — Les tendances fondamentales de la Cour Suprême sont très libérales : La Chambre Criminelle, seule à se prononcer à l'époque (7), conforme ses arrêts à la logique interne du système adopté en 1918. Toute exclusive frappant la concubine en tant que telle constitue une restriction arbitraire au domaine de l'article 1382. A cette exception près, l'appréciation de « l'honnêteté relative » et de la stabilité de chaque concubinage, est abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond (8).

Esquissée dès 1923 par un arrêt équivoque et, au demeurant, peu connu (9), la position de la Chambre Criminelle est affirmée clairement par le premier arrêt, dame Lopens, en date du 26 novembre 1926 : L'article 1382 ne formule aucune distinction en ce qui concerne, en cas de décès de la victime, la nature du lien d'où résulterait un préjudice actuel et direct pour celui qui demande la réparation... Les faits de la cause établissent le préjudice que la dame L. a éprouvé par suite du décès .. Les juges

veuve fixée à 50 % de celle du défunt). Aussi bien, le préjudice *matériel* réfléchi qu'invoquerait un concubin du fait de la cessation de l'union libre, serait unanimement taxé d'immoralité (Comp. le peu de succès que connaissent en pratique les maris lorsqu'ils réclament une pension alimentaire à leur épouse).

(7) Vérification faite, les arrêts Civ. 11 mars 1936, Bayley c/ dame Noorkham, D.P. 1937.1.16, et Civ. 3 décembre 1924, D.P. 1925.1.125, 4e espèce, fréquemment cités (p. ex. Faivre-Lambert, *op. cit.*, p. 82, note 80) concernent uniquement le problème plus classique de l'indemnité due à la concubine abandonnée par son séducteur.

(8) Crim. Rej. 28 février 1930, Richard c/ Dlle Raffray, D.H. 1930.197, D.P. 1930.1.49, note Voirin, G.P. 1930.1.638, S. 1931.1.145, 1re espèce, note Marty, J.C.P. 1930.529.

(9) Crim. Rej. 16 février 1923, Bouchard c/ Dlle Rugani, B., n° 72, p. 125, « Si l'arrêt attaqué énonce que la demoiselle R. vivait avec le sieur Buis, la Cour ne s'est fondée, pour lui accorder des dommages-intérêts, que sur le préjudice matériel éprouvé par elle et consistant en diverses *dépenses* et divers *frais* dont il lui était dû réparation ». Peut-on en déduire *a contrario* qu'il en eût été autrement dans l'hypothèse des subsides ? Doit-on au contraire raisonner par *analogie* ? Au surplus, ne s'agissait-il pas d'une liaison purement charnelle (cf. le terme « amant » dans l'arrêt de la Cour d'Assises des Bouches-du-Rhône du 24 janvier 1923).

du fond ont introduit dans l'article 1382 C. Civ. une restriction que ce texte ne comporte pas (10) ».

97. — Dans l'optique du système, il incombe au juge du fond, d'apprécier, cas par cas, et sans parti-pris, la moralité de chaque concubinage, ses perspectives d'avenir et les avantages matériels attachés à la vie commune. Un certain nombre de juridictions se conforment loyalement à la jurisprudence de la Cour Suprême et motivent leurs décisions avec conscience. Elles tiennent compte de l'institution du concubinat en Annam (11) ainsi que de diverses circonstances moralisant l'Union : démarches entreprises en vue du mariage (12), ancienneté de l'union « dont la durée même attestait le sérieux » (13), possession d'état d'époux (14), création d'un foyer et existence d'une descendance commune, gage de stabilité (15), le critère étant en définitive la réalisation

(10) Crim. 26 novembre 1926, D.P. 1927.1.73, note Lalou, J.C.P. 1927, p. 84, D.H. 1927.2, S. 1927.1.273, note Roux, G.P. 1927.1.108 (Casse Angers, 19 mai 1926).

(11) « Le concubinat est admis entre indigènes par les coutumes annamites et produit des effets de droit » (quid a contrario ?), Saïgon, 3 juillet 1928 et Crim. Rejet., 2 mai 1929 préc., G.P. 1929.2.100. Ici, il s'agissait donc d'une question de droit.

(12) *Projets matrimoniaux* : Transcription d'un jugement de divorce en cours (T. Corr. Nantes, 4 janvier 1926 mais infirmé par Rennes, 26 mai 1926, D.H. 1926.412) ; Victime avait demandé en Espagne, les pièces nécessaires au mariage (Montpellier, 24 juin 1924, Fernandez, D. 1924.2.145, note Savatier, G.P. 1924.2.245 ; Intention du défunt d'épouser sa concubine dont il avait appris la grossesse peu avant l'accident, Aix, 27 octobre 1928, Dlle Jallet, G.P. 1929.1.7, J.C.P. 1929, p. 225 ; Publications effectuées... deux ans auparavant. T. Civ. Aix, 27 juillet 1932, dame Fiandino, sous-note à G.P. 1933.1.200 ; Détournement de mineure en voie de régularisation (Nîmes, Ch. Correct. 12 mai 1933, Dlle Bourret, G.P. 1933.2 sous note b., p. 767... cassé le 13 février 1937) ; T. Corr. Marseille, 23 mai 1929, G.P. 1929.2.146 : « formalités (sic) nécessaires à la rupture d'un premier lien conjugal » entamées c. à d. action en divorce.

(13) Rennes, 8 juillet 1931, S. 1932.2.18. Adde : « vivait maritalement depuis vingt ans » (Paris, 5 juin 1923, Dlle Plateau, D. 1924.2.33, note Lalou, G.P. 1923.2.417) ; 16 ans (Lyon, 23 juin 1927, G.P. Tables 1925-1930, V° Resp., n°s 98 et s., p. 398 ; 20 ans (Lyon, 23 octobre 1929, Dame Place, D.H. 1929.595, D.P. 1929.2.169, note Voirin, G.P. 1929.2.885, S. 1930.2.4) ; « *A. qu'ils ont vécu maritalement pendant 35 ans, on ne saurait donc considérer leur situation comme ayant été précaire et instable* » (T. Corr. Lyon, 23 janvier 1930, G.P. 1930.1.601) ; 30 ans (Paris, 9 novembre 1932, 5e ch., Dlle Roussin... cassé par Civ. 27 juillet 1937, D.P. 1938.1.5) ; 14 ans Paris, 5e ch., 10 juin 1936, Vve Bérard, G.P. 1936.2.355 ; 20 ans (Lyon, 12 mars 1936, D.H. 1936.276) ; 16 ans (Douai, 23 mars 1931, S. 1931.2.213).

(14) Acceptation par le milieu social : « passaient pour époux » Paris, 10 juin 1936 préc. ; figure comme épouse légitime dans bail du local commun, Lyon, 12 mars 1936 préc. et Lyon, 23 octobre 1929 préc. - Douai, 23 mars 1931 préc. : Elle « était considérée par le voisinage comme sa femme légitime ». Acceptation par le milieu familial : le défunt avait recueilli les parents de sa concubine (Montpellier, 24 juin 1924 préc.).

(15) Education d'enfants communs (Montpellier, 24 juin 1924 préc. : 1 enfant ; Aix, 27 octobre 1928 préc. : 1 fille posthume ; etc...) même de fait (Nîmes, 12 mai 1933 préc. ; Douai, 23 mars 1931 préc.) voire issus d'une précédente union légitime (Lyon, 23 octobre 1929 préc.).

d'une « sorte de communauté d'existence » à l'image de l'union légitime (16). Ceci implique notamment que le concubin subvienne aux besoins pécuniaires du foyer (16 bis).

98. — En revanche certaines juridictions, avec une résolution arrêtée à l'avance, rejettent cette doctrine de bon sens et de tolérance. Des conflits croissants opposent les juges du fait. « Composant » habilement leurs décisions sur celles de la Chambre Criminelle, ils échappent, en règle générale, à sa censure tout en rendant des décisions opposées.

Un premier courant, fort regrettable, lie l'indemnisation à la seule justification de la réalité du préjudice (17). Ceci conduit donc à l'éclipse de l'épouse légitime (18), voire à l'indemnisation de plusieurs concurrentes (19), vu la stabilité que l'on prête aux unions polygames. La tolérance passée laisse, en effet, présager une tolérance future (20).

(16) La résultante doit être une « sorte de communauté d'existence » (Aix, 27 octobre 1928 préc.) à laquelle chacun apporte sa contribution (Lyon, 23 octobre 1929 préc. relève que la concubine avait cessé toute activité professionnelle pour se consacrer au ménage et veiller à la santé d'enfants malades et chétifs).

Contra : Indemnisations refusées pour des raisons tenant aux faits de la cause. P. ex. concubinage trentenaire mais liens progressivement distendus (cohabitation interrompue depuis 12 ans ; seulement repas en commun ; subsides non établis, Paris, 12 juin 1928, 5e ch., D.P. 1929.2.15, S. 1928.2.125, J.C.P. 1928, p. 1075, G.P. 1928.2.349). Dijon, 26 juillet 1934 sur renvoi de Crim. 27 avril 1934, Rec. Dijon-Nancy 1934.257.

(16 bis) Angers, 4 avril 1933, D.H. 1933.356 sur l'action du concubin : « La veuve Geslin qui pouvait à peine subvenir à ses besoins personnels et satisfaire ses habitudes d'ivrognerie, ne pourvoyait en aucune façon à l'entretien de B... ».

(17) T. Civ. Aix, 27 juillet 1932 préc. (« ...venu pécuniairement en aide... pour des motifs que le tribunal n'a pas à retenir puisqu'ils ne violent pas l'ordre public »). Quid a contrario si adultère ou abandon de famille ?

(18) T. Corr. Seine, 14 décembre 1926, Vve Guilloteau, D. 1927.2.55, note H.L. (indemnité diminuée pour tenir compte de l'existence d'une concubine qui ne réclamait rien, au demeurant. Simple « concubine » au sens de l'article 340 ?) ; T. Corr. Seine, 12 février 1931, 14e ch., Vve Henry et Dlle Le Sech, G.P. 1931.2.823, sous-note a, D.P. 1931.2.57, note Voirin, S. 1932.2.18, (Indemnise la compagne des dix dernières années et non l'épouse séparée, elle-même adultère... A tout prendre, l'indignation de la doctrine contemporaine est injustifiée. Infirmé par Paris, 18 mars 1932, D. 1932.2.88).

(19) Espèce Commandant Challe c/ Dlle Trémonville (concubine « favorite » : 26 ans de vie maritale et possession d'état d'épouse légitime) et Dlle Le Cogniec (vivait « à mi-temps » avec le défunt depuis 10 ans). T. Civ. Corbeil, 28 décembre 1931, G.P. 1933.1.60, sous-note (45.000 frs à la concubine principale et 40.000 frs pour la plus jeune). Sur appel : Paris, 12e ch., 8 novembre 1932, Pres. Marigny, concl. Capillery, G.P. 1933.1.61, confirme. Cassation par Crim. 27 avril 1934, D.H. 1934.302, cf. *infra*, n° 101.

(20) « La polygamie chez les peuples qui l'admettent, n'exclut pas la stabilité des unions, bien au contraire. C'est en obligeant les concubins à être monogames que l'on pourrait être accusé de préparer l'avènement du concubinat ». (Rodière, note au J.C.P. 1953.2.7592 II, col. 3). Comp. M. Picard, Rev. Gen. Ass. Terr. 1934.605.

99. — Perceptible dès l'origine (21), puis nourrie des excès des défenseurs de l'union libre, c'est une seconde tendance, a priori hostile à tout concubinage qui s'impose progressivement.

En premier lieu, dans l'hypothèse d'un concubinage adultère et en l'absence de toute action intentée par le conjoint bafoué, la jurisprudence dominante refuse de fonder un droit à indemnité sur l'atteinte à une « situation non seulement extra-légale, mais immorale et réprimée par la loi... au caractère nettement délictueux » (22).

En second lieu, s'affirme une tendance hostile à toute union libre : Hypocrite, elle en postule la précarité (23). S'enhardissant, elle repousse même l'éventualité de toute indemnisation, soit en raison de l'immoralité de l'intérêt lésé (24), soit en raison de l'absence d'un lien de droit (25). Cette dernière motivation con-

(21) Voy. p. ex. Amiens, 28 juillet 1924, D. 1924.2.145 et Rennes, 26 mai 1926 préc.

(22) Paris, 18 mars 1932, 12e ch., Dlle Le Sech, concl. Nourissat, D.P. 1932.2.88, note Voirin, G.P. 1932.2.17, Rev. Gen. Ass. Terr. 1932.849 infirmant T. Corr. Seine, 12 février 1931, préc. ; Adde : Paris, 18 mars 1932, 12e ch., Vve Travau c/ Desrieux, Rev. Gen. Ass. Terr. 1932.851, S. 1933.2.25, note Tortat, G.P. 1932.2.18, sous-note a, confirme T. Corr. Seine, 10e ch., 25 février 1931, G.P. 1931.2.825, sous-note b, (la veuve attestait s'effacer devant la concubine : « document immoral » selon la Cour) ; Paris, 18 mars 1932, 12e ch., dame Jouan, Rev. Gen. Ass. Terr. 1932.853, G.P. 1932.2.19 sous-note b, infirme un jugement inédit de T. Corr. Corbeil, 27 janvier 1931 ; Rennes, 26 mai 1926 préc., D.H. 1926.412 (« action repose sur une cause immorale et illicite ») ; Lyon, 12 mars 1936, 1re ch., D.H. 1936.276 sol. impl.

Contra : T. Corr. Marseille, 23 mai 1929, dame Rossi, J.C.P. 1929, p. 1035, G.P. 1929.2.146 ; Douai, 1re ch., 23 mars 1931, Vve Hébraut, Rec. Douai 1931.144, S. 1931.2.213.

Hypothèse d'un concubinage puisant sa source dans un attentat à la pudeur sans violence sur une mineure de 15 ans (T. Corr. Orange, 3 novembre 1932 préc.).

(23) Rennes, 22 mars 1927, sur renvoi de Crim. 26 novembre 1926, préc. : « *situation essentiellement précaire* et instable... ». Crim. 9 novembre 1928, saisie d'un nouveau pourvoi dans cette affaire Lopens rend un arrêt de rejet (D.H. 1928.576, S. 1930.1.37, D.P. 1929.1.23, note Lalou, G.P. 1928.2.845). L'adverbe « essentiellement » implique cependant une distinction arbitraire qui semblait condamnée par Crim. 26 novembre 1926 (rôle personnel de l'avocat général Bloch Laroque ? Comp. Civ. 27 juillet 1937 préc.)

Adde : Paris, 5e ch., 29 mai 1934, Fontaine, J.C.P. 1934.113, D. 1934.2.83, note Lalou, G.P. 1934.2.307, S. 1935.2.105, 1re esp. (« fragile espérance d'une libéralité... ») ; Douai, 5e ch., corr. 16 mai 1935, Rec. Douai 1936.27, dame Halez (« lien précaire *incapable* d'instituer des droits acquis ») ; T. Civ. Dijon, 12 décembre 1932, dame Roussotte, Rec. Dijon 1933.106 (« parti pris d'indépendance »).

(24) Amiens, 28 juillet 1924 préc. (« état de fait contraire aux bonnes mœurs ») ; Paris, 25 décembre 1933, 5e ch., G.P. 1931.2.680, sous-note a (sol. impl.) ; Douai, 29 janvier 1936, Rec. Douai 1938.319 sous-note.

(25) Amiens, 28 juillet 1924 préc. (cf. « au surplus ») ; T. Civ. Tarascon, 20 avril 1932, D.H. 1932.S.39.

Cumulant les arguments hostiles, cf. T. Civ. de Cusset, 27 avril 1932, Dlle Ribière, G.P. 1932.2.147 ; T. Comm. Lyon, 28 juin 1929, D.H. 1929.599,

tredit donc ouvertement la jurisprudence de l'arrêt Boniface du 18 juillet 1918.

Le « libéralisme » (26) de la Cour Suprême constitue en définitive une démission de sa charge fondamentale (27) d'où résultent des conflits insolubles entre juridictions du fond, voire au sein d'une même juridiction (28).

B - *De la nécessité d'unifier la Jurisprudence.*

100. — L'inévitable intervention de la Cour Suprême se produit en un contexte hostile au concubinage. En premier lieu, au sein de la société civile, le féminisme anarchique du début du siècle s'efface. L'effort de reconstruction de la famille réalise une sorte d'union nationale au carrefour des préoccupations moralisantes, démographiques, et socialistes (29).

En second lieu, une doctrine unanime (30) condamne la jurisprudence favorable à la concubine. Les raisons avancées par les auteurs sont peu convaincantes, soit qu'ils affirment l'instabilité de principe de l'union dite « libre » en jouant sur les mots (31),

Dlle Moisson, réformé par Lyon, 31 mars 1930 préc.) ; T. Civ. Seine, 21 juillet 1934, G.P. 1934.2.679 ; Lyon, 11 octobre 1935, Mon. Jud. Lyon, 7 juillet 1936, Rec. 1936.608 (A propos d'une indemnité pour rupture).

(26) Flour, *op. cit.*, Cours de doctorat 1957-58 (inédit) et Cours Lic. 2 préc., 1961, p. 783.

(27) Solus et Perrot, *op. cit.*, éd. 1961, t. I, p. 601, n° 678.

(28) Comp. p. ex. Rennes, 3e ch., 26 mai 1926 ou 22 mars 1927 préc., d'une part, et Rennes, 1re ch., 8 juillet 1931 préc. d'autre part ; T. Corr. Seine, 12 février 1931 (14e ch.) préc. et T. Corr. Seine, 10e ch., 25 février 1931 ou T. Civ. 1re ch. Seine, 21 juillet 1934 préc. etc... Voire Paris, 18 mars 1932, 12e ch., 3 arrêts et, d'autre part, Paris, 9 novembre 1932, 5e ch., ou Paris, 18 novembre 1932, 12e ch. autrement composée... Véritable *loterie lors de l'enrôlement des affaires.*

(29) Continuité à travers les régimes (L. 12 juillet 1909, D.P. 1910.4.1 sur le bien de famille ; allocations familiales, L. 11 mars 1932 ; décr. L. 29 juilet 1939 ; Travail-Famille-Patrie ; etc... Voy. Marty-Raynaud, t. I, éd. 1956, p. 503).

(30) Doctrine belge également : Voy. Dabin, *op. cit.*, Belg. Jud. 1935, col. 528, notes 47 et 48. *Contra* : Cour Suprême de Pologne, 25 janvier 1934, Rec. Off. Cour. Sup. Pologne 1934, n° 527 (cité par H. Mazeaud in Rev. Tr. Dr. Civ. 1935, p. 203, n° 5) en dépit de l'influence doctrinale française alors. (Fondé sur l'Equité en l'espèce).

(31) Josserand, D.H. 1932, p. 50, *op. cit.*, (« précarité constamment voulue ») ; Th. Talairac, *op. cit.*, 1934, p. 15 et s. ; Desiry, Rev. Crit. Leg. Jur. 1932, p. 503 à 506 ; Roux, note au S. 1927.1.273.

M. Savatier, note au D. 1924.2.145 conclut : « Le propre de l'union libre, c'est la liberté... Comment contraindre les tiers à respecter les droits que les concubins ont affirmé leur intention de ne pas se reconnaître mutuellement ? ».

Ce sophisme a été dénoncé en des termes définitifs par M. Rodière (« Ce raisonnement ménage aux tiers une faculté de rupture dans une matière qui ne les regarde pas ». J.C.P. 1945.2.2893, col. 3, 3° b). Il n'en a pas moins influencé la jurisprudence précitée.

soit qu'ils postulent l'immoralité de l'intérêt lésé alors que précisément le stupre n'est pas la cause unique des subsides (32). Toujours est-il que, dès 1930, la jurisprudence favorable à la concubine est « sur la défensive » (33) lorsqu'elle n'édifie pas des systèmes d'une bizarrerie choquante (34). Pour sa part, le juge judiciaire civil témoigne d'une hostilité croissante envers l'union libre à l'occasion de demandes fondées sur une séduction dolosive (35) ou sur la rupture de l'union libre (36).

(32) Une attitude plus nuancée est alors représentée par de rares auteurs : cf. J. VANDAMME, Rev. Crit. Leg. Jur. 1934, p. 157 et s., spécialement p. 169 (assez paradoxal : « cette volonté matrimoniale persistante dépasse les exigences essentielles du mariage légal ») ; MARTY, S. 1931.1.145 préc. « Lorsque la concubine invoque... non l'espoir illégitime qu'elle pouvait avoir de continuer une vie commune irrégulière mais celui qu'elle pouvait légitimement concevoir de n'être pas abandonnée sans ressources (Allusion à l'obligation naturelle), il semble qu'il n'y a aucune raison d'écarter l'action » (p. 151, col. 1) ; RIPERT, Règle Morale, n° 25, p. 47, Comp. Lyon, 1re ch., 12 mars 1936, D.H. 1936.276 préc.

(33) « La jurisprudence la plus récente de la Cour de Cassation... » (T. Corr. de Marseille, 23 mai 1929 préc.) ...doit déjà être justifiée en 1931 (« ...aussi conforme à l'intérêt social qu'équitable ». Rennes, 8 juillet 1931 préc.).

(34) a) Seulement lorsque la concubine avait une créance civile née de manœuvres séductives ?. En ce sens : Th. BAUER, *op. cit*, Paris 1935, p. 96 ; Th. GALINSKI, *op. cit.*, 1933, p. 93 et s. ; Th. MILAN, Grenoble 1934, *op. cit.*, p. 63 ; VOIRIN, note au D. 1929.2.169.

Comp. PERRET, p. 107 : La privation de la *réparation « en cours d'exécution pendant la vie commune »* constitue un préjudice certain. Le peu de sérieux de ce système l'écarta des prétoires (Pas invoqué devant T. Corr. Orange, 3 novembre 1932 alors qu'il s'agissait d'une séduction criminelle).

b) Distinction entre « communauté de lit qui, par elle-même n'est susceptible d'engager aucun droit » et « communauté d'existence, comportant, outre des liens d'affection réciproque, une association d'intérêts matériels » (Lyon, 31 mars 1930, Dlle Moisson, D. 1930.2.64. Ce système biscornu et irréel postule la *possibilité de vie en commun « abstraction faite de leur sexe (sic) pour deux êtres humains »* (Lyon préc.). En quelque sens qu'on l'entende, ceci constitue une aberration.

(35) Indemnité pour séduction : Le principe est admis par Civ. 4 février 1924, Dlle Aurignac, D.P. 1924.1.38, 2e esp. et la Réparation ordonnée effectivement par Poitiers, 29 octobre 1928, D.P. 1929.2.19, note Voirin.

Réparation refusée en fait par toute une série de décisions p. ex. : Paris, 17 décembre 1920, D. 1921.2.59 ; Lyon, 26 octobre 1923, G.P. 1924.1.78 ; Civ. 3 décembre 1924, D.P. 1925.1.125, 4e esp. ; Bordeaux, 14 mai 1928, G.P. 1928.2.657 (La Dlle Arnaud était « *singulièrement avertie des réalités de la vie* ») ; Angers, 29 juin 1932, G.P. 1932.2.584 ; Nîmes, 12 décembre 1932, G.P. 1933.1.454 ; T. Civ. Seine, 4 mars 1935, G.P. 1935.1.811 ; Bordeaux, 4 décembre 1935, D.P. 1936.2.135 (Inexécution d'une promesse de mariage... L'indemnité était réclamée aux héritiers du concubin ! !).

(36) Indemnité pour *rupture fautive de l'Union libre* : La Chambre Civile semble encline à la sévérité (P. ex. Civ. 9 juillet 1935, S. 1936.1.29, G.P. 1935.2.555 : « abusif de fonder une allocation de dommages-intérêts sur le seul fait que M. avait rompu des relations adultères d'apparence durable », et Civ. 11 mars 1936, D.P. 1937.1.16. Tous deux, arrêts de cassation). Adde : Aix, 28 décembre 1933, D.P. 1935.2.41, note Nast).

Conceptions morales moins strictes quant à l'immoralité de la *cause des libéralités* entre concubins (P. ex. : Civ. 20 juillet 1936, G.P. 1936.2.789

101. — L'extension du contrôle de la Cour Suprême (37) se manifeste par une première intervention en matière de qualification le 27 avril 1934 : L'existence de deux foyers également illégitimes établit nécessairement « le caractère immoral, la précarité et l'instabilité des liens » (38). Cette intervention est d'autant plus significative que l'absence « d'un droit » est évoquée *in fine*, écho de la notion traditionnelle du droit acquis (39) à laquelle, influencés par la jurisprudence administrative (40) de hauts magistrats judiciaires rêvaient d'assurer un contenu plus ferme et cohérent que par le passé (41).

Allait-on s'orienter vers l'exigence de l'atteinte à un lien de droit, voire à un droit muni d'action ? Ne suffisait-il pas, suivant les suggestions de M Marty (42) de maintenir la jurisprudence libérale en exigeant la légitimité de l'intérêt lésé, quitte à faire de cette licéité du dommage une question de droit relevant du contrôle de la Cour Suprême.

concubins adultères) et quant à la liquidation de la communauté de fait (P. ex. : T. Civ. Seine, 3 mai 1922, D. 1924.2.9 ; Bordeaux, 9 novembre 1927, D.H. 1928.109 ; Dijon, 7 février 1928, D.H. 1928.230, D.P. 1928.2.169).

(37) Voy. G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, Th. Toulouse 1929, p. 253 et s.

(38) Crim. 27 avril 1934, Lescouvré 1er pres., D.H. 1934.302, Rev. Gen. Ass. Terr. 1934.605, G.P. 1934.1.927, S. 1935.1.199.

(39) Cf. *supra*, n° 77.

(40) Note Hauriou au S. 1928.3.97 sous C.E. 11 mai 1928.

(41) Roux, note au S. 1927.1.273 et Josserand, *op. cit.*, D.H. 1932, chr., p. 48 6°. Cf. leur rôle personnel, *infra*, nos 111 et 112, notes 9 à 12.

(42) Note préc. S. 1931.1.151, col. 1.

SECTION III

DE LA TENTATION DE L'ARBITRAIRE PRETORIEN : LE CRITERE DE « L'INTERET LEGITIME, JURIDIQUEMENT PROTEGE » (1937 A 1950 ENVIRON)

Dans le dessein d'assurer l'unité de l'interprétation et le rejet de toute action intentée par une concubine les diverses chambres de la Cour de cassation se rallient en 1937 à une doctrine formulée auparavant par le Conseil d'Etat (§ 1). Ce dernier appliquait, à peu de choses près, le système du droit muni d'action (1). L'épreuve des faits conduisit rapidement la jurisprudence judiciaire à écarter les conséquences les plus choquantes de ce nouveau système, que, d'ailleurs, elle n'appliquait ni aux parents ni aux alliés du défunt (§ 2).

§ 1. — RESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE (*Des origines à 1952 environ*).

102. — Saisi le 11 mai 1928 d'une requête introduite par la concubine de la victime immédiate, le Conseil d'Etat rejette celle-ci par un motif de principe laconique : « Considérant que, *pour obtenir en justice la réparation d'un préjudice, il ne suffit pas d'un intérêt, mais qu'il faut pouvoir justifier d'un droit lésé ;* Considérant que la demoiselle Rucheton, qui n'est pas *apte à réclamer le secours alimentaire* prévu pour la femme mariée par les articles 212 et 214 du Code Civil, ne justifie d'aucun lien de droit pouvant lui donner *qualité* pour mettre en cause la responsabilité de l'Etat » (2).

(1) Cf. *supra*, n^os^ 10, 11 et 46.

(2) C.E. 11 mai 1928, demoiselle Rucheton, Rec. p. 607, J.C.P. 1928-1170, G.P. 1928.2.231, D. 1929.3.6, concl. Andrieux, S. 1928.3.97, concl. Andrieux, note Hauriou, Grands Arrêts de MM. Long, Weil et Braibant, éd. 1958.

A l'instar du doyen Hauriou, beaucoup d'auteurs virent dans cette décision un coup d'arrêt porté à l'institution d'un concubinat moderne, voire une « réponse du berger à la bergère » (3), réplique à l'arrêt rendu par la Chambre Criminelle le 26 novembre 1926. En vérité, l'arrêt Rucheton n'était ni nouveau, ni restrictif par rapport à l'état antérieur du droit public, ni motivé principalement par la nécessité de protéger la famille légitime, ni même isolé dans le domaine spécial du préjudice matériel réfléchi. Cet arrêt s'intègre au contexte général d'un droit administratif resté primitif (4). Ses ressorts profonds sont, d'une part, l'archaïsme des principes juridiques qui régissent la recevabilité du recours contentieux, et, d'autre part, le souci excessif des deniers de l'Etat dans l'appréciation de la certitude du dommage.

I. - *De l'Archaïsme des Principes.*

103. — Jusqu'en 1920, le souci majeur de la doctrine publiciste consiste à borner le domaine du droit administratif (5). L'annexion au contentieux administratif équivaut fréquemment à un déni de justice eu égard au principe de l'irresponsabilité de la puissance publique (6). Si, depuis 1920 environ, toute activité administrative peut engager la responsabilité de l'Etat (7), la formule de l'arrêt Blanco exprime encore l'autonomie du droit administratif, pour ce qui est de la faute, du dommage, ou bien de l'organisation technique du recours (8). L'archaïsme du droit

p. 176 et s., *La Jurisprudence Administrative* par M. Hauriou, éd. Sirey 1931, t. 3, p. 784 et s.

Comp. Crim. 7 février 1913 et 18 juillet 1913 préc., n° 78 in fine : Ces arrêts restrictifs dont la jurisprudence fût d'ailleurs éphémère n'exigeaient pas la possibilité de « réclamer » mais celle de « *recevoir* » : différence entre droit éventuel et droit muni d'action ?

(3) Hauriou, note préc., S. 1928.3.97, col. 2.

(4) Comp. Vedel, *op. cit.*, éd. 1964, p. 56 B.

(5) Problème dit du « critère de compétence » (B.G. : G. Vedel, *op. cit.*, éd. 1964, p. 69 et s. ; Chapus, p. 46 et s.).

(6) Cf. p. ex. conséquences de l'arrêt du Tribunal des Conflits retirant à la compétence judiciaire l'examen des atteintes à la situation des agents des collectivités locales (T. Conflits, 27 décembre 1879, Guidet, Rec. 879, D. 1880.3.89 ; Comp. Nîmes, 23 mai 1865, S. 1867.2.85 et C.E. 15 décembre 1889, Rec. 734).

Adde : note Hauriou sous T. Conflits, 4 juillet 1896, in fine (cité in Chapus, *op. cit.*, n° 165) : « Le Conseil d'Etat doit se pénétrer de cette idée que, si sa compétence s'étend sur certaines affaires, c'est pour qu'il les juge... Il ne faut pas qu'on puisse dire qu'étendre la compétence du Conseil d'Etat, c'est, en fait, supprimer toute espèce de justice quant au fond ».

(7) B.G. : Colliard, Th. Aix 1938, p. 157 et s. ; G. Vedel, *Droit administratif*, éd. 1964, p. 239 et s. ; Chapus, *op. cit.*, n° 159 et s.

(8) Trib. Conflits, 8 février 1873, Blanco, D. 1873.3.17, concl. David : « Cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; ...nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». Comp. Chapus, *op. cit.*, n° 166, note 1. Voyez p. ex. G. Vedel, *op. cit.*, p. 268 b (La gravité de la faute exigée est variable).

administratif se manifeste, aujourd'hui encore, par l'existence des diverses branches du contentieux administratif (9) et par l'influence du contentieux sur le fond de droit (10)

Le Contentieux de la pleine juridiction englobe la Responsabilité de la Puissance Publique. Il s'est élaboré à partir d'un principe d'irresponsabilité et de l'idée que, seules les contestations nées de « droits véritables méconnus » constituent ce contentieux (11). Cette conception de l'Etat, habilité à fouler au pied les intérêts privés, à moins qu'ils n'aient été érigés en « droits véritables » est, selon son style, féodale, absolutiste, totalitaire ou « technocratique ». Du moins, cette *notion inégalitaire* qui inspira la jurisprudence Rucheton est-elle étrangère au droit privé.

Aussi, dans l'hypothèse du préjudice matériel réfléchi résultant de la privation de subsides, la liste des ayants droit à indemnité se limite-t-elle aux parents et alliés qui bénéficient d'une *obligation alimentaire légale* (12). *Toutes autres requêtes sont irrecevables pour défaut de qualité* (13). L'examen au fond de la certitude du dommage allégué est superflu. La formule même des arrêts lie l'absence d'un droit lésé au « défaut de qualité pour réclamer

(9) En ce sens : G. Vedel, *op. cit.*, éd. 1964, p. 339.

(10) En ce sens : G. Vedel, *op. cit.*, éd. 1964, p. 54 et 55.

(11) Rapport Vivien devant l'Assemblée Nationale à propos de la loi du 8 mars 1849 (sur cette loi, voy. p. ex. « Conseil d'Etat » par MM. Letourneur et Méric, éd. Colin 1955, p. 31 et s.), cité in Auby et Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, t. 3, éd. 1962, n° 1041.

Adde : Hauriou, note préc sous Dlle Rucheton (« droit faisant partie des institutions juridiques établies »). La formule du rapporteur de la loi de 1849 inspirait récemment encore le Professeur Mestre : « L'action en indemnité relève du contentieux de pleine juridiction qui suppose essentiellement l'existence d'un droit subjectif appartenant au requérant et méconnu par l'administration. Il est donc tout naturel qu'il n'y ait indemnité que dans le cas de droit violé » (S. 1945.3.57, note sous C.E. 16 juin 1944 : I). Terminologie révélatrice : « *Contentieux des droits* » (Auby et Drago, *op. cit.*, n° 1239).

(12) L'existence d'une obligation naturelle ne donne pas cette « qualité » (C.E. 7 janvier 1927, Rec. 42 : mère de fait ; 20 mars 1935, Rec. 374 et 7 décembre 1938, Rec. 920 : sœur). Les requérants ne semblent d'ailleurs pas avoir invoqué expressément le lien de droit naturel.

(13) L'arrêt *Rucheton visait expressément les articles 1153 et 1382 du Code Civil* in limine. Il est donc étonnant que son annotateur ait pu écrire : « Si le Conseil d'Etat n'a pas invoqué l'article 1382, c'est d'abord qu'il n'a point l'habitude de s'appuyer sur les textes du droit civil... » (Hauriou, note préc., S. 1928.III.97)

Toutefois, ce visa reste bien formel et l'on peut approuver le doyen Hauriou lorsqu'il précise : « Le Conseil d'Etat vit dans les perspectives du contentieux... En dehors de l'intérêt légitime tiré d'un droit établi ou d'une situation administrative établie, il n'y a point de recours contentieux *recevable*, il n'y a plus que des réclamations purement administratives. » (note préc.).

Adde : De Laubadère, *op. cit.*, éd. 1953, n° 596, p. 349, (... « Recevabilité : ...Pour *introduire* un tel recours, il faut justifier d'un droit lésé » ; Andrieux, concl. préc. sous l'arrêt Rucheton, D.P. 1929.3.8 in fine.

une indemnité » (14) afin de rejeter les requêtes formées par : une mère naturelle faute de reconnaissance régulière (15), des frères et sœurs (16), une tante (17), des alliés (18) ou des concubines (19).

II. - *Du souci de ménager les deniers publics.*

104. — Seuls les recours formés par des créanciers alimentaires sont recevables partant examinés au fond. Ce second filtrage des recours n'est pas moins énergique que le premier. En effet, au début du XX[e] siècle, la jurisprudence administrative témoigne encore d'une excessive parcimonie tant par le montant des indemnités qu'elle accorde (1) que par la rigueur des règles de fond qu'elle édicte.

Si l'on songe par exemple à l'exigence d'un dommage causé « *corpore copori* » (2), à la responsabilité du fait des animaux (3)

(14) C.E. 12 décembre 1930, Rec. 1009. Idem, 11 mai 1928 préc., 20 mars 1935, Rec. 374 et 15 décembre 1937, Rec. 1044.

(15) Mère naturelle, en l'absence d'une reconnaissance régulière mais Fils désigné comme tel sur son acte de naissance et possession d'état : C.E. 7 janvier 1927, dame Valéry, Rec. p. 42 (à propos de la pension des inscrits maritimes) relève qu'elle « ...n'aurait pu lui réclamer une pension alimentaire ».

(16) Frères et sœurs : C.E. 7 décembre 1938, Dlle Brassy, Rec. 920 (Sœur : « aucune obligation alimentaire ; dans ces conditions, c'est à bon droit que le cons. de préf. a refusé de lui accorder une indemnité ») ; C.E. 20 mars 1935, Cons. Lesterlin, Rec. 374 (frères d'un quartier-maître mort dans un naufrage : « ...aucun lien de droit pouvant leur donner qualité pour réclamer une indemnité » ; C.E. 15 décembre 1937, Préfet de la Gironde, Rec. 1044 (sœur).

(17) Tante (C.E. 12 décembre 1930, Dlle Richter, D. 1930.3.71, note H.L., S. 1931.3.23, Rec. 1009).

(18) Beau-frère (C.E. 15 décembre 1937 préc.).

(19) Concubine (C.E. 11 mai 1928 préc. ; Comp. en matière de pension, C.E. 16 mai 1923, Demoiselle Malesset, D. 1923.3.43.

(1) Voyez pour le XIX[e] siècle, les constatations opérées par le doyen Hauriou (note au S. 1904.3.121) et pour le XX[e] siècle, G. Morange, *op. cit.*, D. 1951, chr. p. 68, G. Vedel, *op. cit.*, éd. 1964, p. 294, A de Laubadère, *Traité élémentaire du Droit Administratif*, éd. 1953, n° 949, p. 517, Savatier, t. 2, n° 609, p. 187, note 4 et Chapus, p. 555, n° 541, note 3 entre autres.

(2) B.G. : Vedel, *op. cit.*, éd. 1964, p. 299 ; Chapus, *op. cit.*, p. 409 ; C.E. 31 janvier 1890, Rec. 112. Comp. le droit romain postérieur à la loi Aquilia (B.G. : Mazeaud-Tunc, éd. 1965 I, p. 35, n° 24 in fine ; Ourliac et de Malafosse, *op. cit.*, éd. 1961, p. 372 et s., n° 367 spécialement).

(3) Domat, *op. cit.*, éd. 1777 par de Herricourt, t. 1, p. 205, col. 1 (L. 2, T. 8 : « Si des *animaux mal gardés* font quelque dommage » et Section 2, « Des dommages causés par des animaux », p. 206, col. 2 à 208, col. 1, spécialement § 5 : « De tout autre dommage qui peut être causé par des animaux, celui qui en est le maître, ou qui est chargé, en sera tenu, s'il pouvait ou devait prévenir le mal. Ainsi un ...voiturier qui n'a pas la force ou l'adresse de retenir un cheval fougueux... sera tenu du dommage qui en arrivera car *il ne devait point entreprendre ce qu'il ne savait ou ne pouvait faire...* Et dans tous ces cas, celui qui aura souffert le dommage, aura son action contre ce voiturier, ou contre celui qui l'avait employé ».

B.G. Mazeaud-Tunc, t. 2, n° 104 et s. Contrairement au sentiment de

ou bien à celle des préposés (4), le retard du droit de la responsabilité publique par rapport au « *jus civile* » se chiffrait récemment encore en siècles (5). Au plan du fait, le Conseil d'Etat agit en « ménagère avisée » (6). Ce souci ne semble au civiliste rien moins que louable car seuls les justiciables en subissent les effets douloureux. Le Conseil d'Etat se constitue, en fait, juge et partie et fait preuve d'une grande sévérité lorsqu'il examine la certitude du préjudice allégué par les créanciers alimentaires éventuels de la victime. En dépit de formules ambiguës (7), la « *praetoria brevitas* » des arrêts distingue, selon nous, trois degrés dans la certitude du dommage (8).

105. — En premier lieu, lorsque les créanciers alimentaires éventuels ne parviennent pas à établir que, lors de l'accident

ces éminents auteurs, il nous semble que, bien qu'il parle d'une faute (« mal gardés ») DOMAT affirme (selon notre terminologie moderne) une présomption de responsabilité de plein droit (véritable « obligation de résultat » de ne pas nuire à autrui), écartée par la seule force majeure (« pouvait ou devait prévenir le mal » signifie possibilité et prévisibilité). De toute manière, cette solution est certaine en droit civil dès 1804 (MAZEAUD-TUNC, t. 2, n° 1073). Cette responsabilité de plein droit n'existe pas en droit administratif avant 1925 environ.

Jurisprudence administrative : Absance de faute du cavalier (C.E. 3 avril 1908, Levy, Rec. p. 346) ; Imprudence de la victime (C.E. 18 février 1910, Sol., Rec. 137)... écrasée par une fourragère sortie à l'improviste d'une caserne mais en dehors du trottoir cyclable (C.E. 2 juillet 1915, Veuve Dabin, Rec. 222).

A l'inverse, la faute la plus légère du cavalier (« rester debout sur les étriers ») suffit à rejeter une demande de pension formée par ses ayants-droit (C.E. 24 juillet 1914, dame Miallet, Rec. 934)... L'iniquité du juge administratif semble évidente, du moins à cette époque.

(4) Comp. p. ex. La jurisprudence judicicaire au XIX° siècle (abus de fonctions, cf. MAZEAUD-TUNC I, n° 905, éd. 1965) et Cons. d'Etat 11 février 1887, de Lamare, Rec. 138 (Accident résultant de manœuvres navales organisées par un officier afin de distraire un invité ! !).

(5) « Retard » en ce sens que, d'une part, la conscience juridique moderne ne se résout plus à laisser une victime innocente sans recours (G. VEDEL, *op. cit.*, éd. 1964, p. 250) et que, d'autre part, ce retard fût, grosso modo, comblé par un alignement du droit public sur le droit privé (CHAPUS, *op cit.*, conclusion générale : n° 542, p. 557 in fine).

(6) Cl. A. COLLIARD, *op. cit.*, p. 373.

(7) Comp. DUEZ, *La Responsabilité de la Puissance Publique*, éd. 1938, p. 105, cité in de Baecque, *op. cit.*, R.D.P. 1944, p. 208 (définitions purement négatives du Conseil d'Etat à propos du dommage indirect). De même, cherche-t-on en vain une définition positive du « dommage de nature (?) à ouvrir droit à indemnité ».

(8) Comp. avec des nuances : DE BAECQUE, *op. cit.*, R.D.P. 1944, p. 208 in fine, II, B (Cet auteur ne semble pas distinguer recevabilité et examen au fond) ; MESTRE, note préc. au S. 1945.3.57.I in fine (Selon cet auteur la certitude exige la réunion des conditions de mise en œuvre de l'action en réclamation d'aliments mais il n'est pas nécessaire que celle-ci ait abouti à un jugement ni même qu'elle ait été intentée lors de l'accident mortel) ; MORANGE, note sous C.E. 25 janvier 1952, D. 1952, p. 549, col. 2.I 1° et 2° ainsi que CHAPUS, *op. cit.*, p. 476, dernier alinéa ; LETOURNEUR, concl. préc. S. 1948.3.17 et s. (Voy. III. B. 1°, p. 17, col. 2, in fine : « principe juridique profond »... et 3°, p. 19, col. 1 sur le « préjudice éventuel »).

mortel (9), les conditions d'existence de l'obligation alimentaire étaient déjà réunies, le juge estime que le dommage est trop hypothétique. Les arrêts utilisent fréquemment alors la formule suivante : « Le dommage éprouvé n'est pas de nature à ouvrir droit à indemnité » (10). Ils rejettent ainsi les actions formées par des descendants majeurs (11), des ascendants à l'abri du besoin (12), des alliés (13), des conjoints remariés (14), etc... Du moins, ces demandes semblent-elles faire l'objet d'un examen au fond. Le défaut de qualité ne semble pas invoqué dans de telles espèces (14 bis).

106. — En second lieu, le juge administratif répugne à réparer la perte d'une chance. Il tend à exiger une conviction absolue quant à la certitude. Le « succès du recours au fond, dans les recours contentieux ordinaires, dépend de la preuve de l'existence réelle du droit allégué et de la violation ou de la lésion de ce droit » (15).

Toutefois, lorsque le rejet pur et simple de la requête apparaîtrait scandaleux, le Conseil d'Etat fait appel à la notion caméléon (16) des « troubles de toute nature apportés dans les condi-

(9) Sur la charge de la preuve et l'appréciation au jour de l'accident, voyez notamment C.E. 16 juin 1944 préc.

(10) C.E. 6 janvier 1928, Rec. 26, époux Hellé.

(11) Ne cohabitant pas avec la victime : C.E. 24 novembre 1922, Labrioux, Rec. 872 ; C.E. 30 avril 1920, Azémar, Rec. 429 ; C.E. 6 janvier 1928 préc. gendre et fille ; C.E. 7 avril 1944, Mougenot, S. 1945.3.7 *quoique une assistance fût établie* en l'espèce ; C.E. 1er mai 1942, Gaz de Marseille, Rec. 142, S. 1942.3.43 (fille et gendre) ; C.E. 21 juin 1939, Zuschrott, Rec. 418 ; C.E. 1er décembre 1943, dame Clarc, Rec. 406 ; C.E. 18 juin 1948, Viel, Rec. 694 ; C.E. 31 juillet 1948, Ravet, Rec. 384 ; C.E. 29 mars 1950, Deur, Rec. 889.

(12) Ascendants dans la force de l'âge ou, « à l'aise » lors du décès d'un enfant majeur et indépendant (C.E. 16 juin 1944, époux Delouze, G.P. 1944.2.614, S. 1945.3.57, note Mestre, Rec. 175 : « Pas dans les conditions requises pour avoir droit à une pension alimentaire par application des articles 205 et s. C. Civ. Dès lors... les réquérants ne sont *pas fondés* à... » ; C.E. 21 novembre 1947, Colase, n° 75.779, Rec. 703 ; C.E. 28 janvier 1949, dame Cassagne, Req. n° 90.231, Rec. 823.

(13) Gendres (C.E. 1er mai 1942 préc., et 6 janvier 1928 préc.).

(14) Conjoints, C.E. 20 juillet 1949, Ducamp, et 30 juillet 1949, Gross, R.D.P. 1950, p. 461, cité in Chapus, *op. cit.*, p. 477. Le préjudice apparaît éventuel, du moins très limité, en cas de remariage : C.E. 28 juillet 1951, dame Lannevère, Rec. 472 et 29 mars 1950, Grux, Rec. 204 pour un veuf. C.E. 18 décembre 1912, dame veuve Bezuel, Rec. p. 1216 mais mariage après les campagnes coloniales de son époux au cours desquelles auraient été contractées les fièvres incriminées (litige en matière de pension).

(14 bis) Comp. les formules employées par, d'une part C.E. 7 janvier 1927 préc. (n° 103, note 12), 20 mars 1935 préc. (n° 103, note 16) etc... et, d'autre part, C.E. 16 juin 1944 ci-dessus, note 12.

(15) Hauriou, note préc. S. 1928.III.97. Adde : « L'idée de la perte d'une chance exclut, par elle-même, l'idée du préjudice certain » (Letourneur préc. S. 1948.3.19, col. 1).

(16) En ce sens : Delevalle, conclusions devant T. Adm. Lille, 28 février 1958, D. 1958, p. 218, col. 2.

tions d'existence des survivants et susceptibles d'aggraver à leur égard, les conséquences de l'accident » (17).

La doctrine assimile trop souvent les « troubles de toute nature » à la seule réparation occulte d'un dommage moral. En fait, sous le couvert des « troubles de toute nature », le Conseil d'Etat indemnise également des préjudices matériels qui ne sont ni absolument certains (à son sens), ni aisés à évaluer directement en monnaie, tels ceux qui résultent de la désorganisation, — voire de la « démoralisation » — d'un foyer à la suite de la disparition de l'un de ses membres (18). Le Conseil d'Etat tient compte, par exemple, des troubles subis par les ascendants par suite du décès d'un mineur vivant au foyer (19), d'un adolescent (20) voire d'un majeur (21). Réciproquement, même après la cessation de l'obligation d'entretien, un mineur de plus de 18

(17) C.E. 25 juillet 1919, Guinot, Rec. 689, préc.

(18) Tel est en fait le critère des « circonstances » justifiant (voy. p. ex. C.E. 25 juillet 1919, Guinot préc. ; 23 janvier 1931, S. 1931.3.97) ou excluant (Voy. p. ex. C.E. 24 novembre 1922, Rec. 872) l'indemnisation des troubles.

(19) En ce cas, les indemnités allouées restent modestes, le dommage étant essentiellement extrapatrimonial. C.E. 13 février 1920, dame Errard Rec. 166 (1.500 frs : perte d'un fils âgé de 6 ans) ; C.E. 5 novembre 1931, Rec. 952 (3.000 frs : enfant âgé de 2 ans) ; C.E. 21 juillet 1937, Echardour, Rec. 751 (4.000 frs pour un « écolier ») ; C.E. 20 novembre 1942, Le Roux, Rec. 329 (7.000 frs : enfant en bas-âge) ; C.E. 28 avril 1950, Girard, Rec. 880 (52.000 frs : enfant âgé de 2 ans) ; C.E. 24 mai 1950, Brondel, R.D.P. 1951, 528 (150.000 frs : fillette de 5 ans) etc...

Les indemnités, réévaluées, sont du même ordre de grandeur que les 1.000 N.F. accordés pour préjudice d'affection, *dans l'arrêt Letisserand* (D. 1962.38), quoique toujours supérieures (P. ex. 1.500 frs en février 1920 correspondant à environ 2.000 F. actuels).

(20) Perte d'un descendant mineur, mais déjà apte à rendre des services, à la requête d'ascendants qui n'auraient pu exiger une pension : C.E. 5 août 1921, sieur Bastian, Rec. 527 (*Sa fille de 15 ans « allait pouvoir aider effectivement sa famille »*).

L'originalité de l'arrêt Thomas est donc limitée (*Contra* : Chapus, *op. cit.*, p. 477 2°) : C.E. 28 avril 1950, Thomas, Req. n° 95.621 en sommaire au Rec. 880 (mineur âgé de 18 ans, apprenti et futur collaborateur de son père, artisan horloger).

(21) Perte d'un descendant majeur : C.E. 25 juillet 1919, Guinot, Rec. 689 préc. (Les parents invoquaient expressément la *perte d'un espoir de secours* et leurs sacrifices qui avaient permis à leur fille de se créer une situation stable et bien rémunérée ; ils ne recevaient aucune assistance). Les troubles furent évalués à *15.000 frs* (*soit environ 22.000 frs actuels*), *somme importante pour l'époque.*

L'originalité de l'arrêt Béranger (C.E. 28 juillet 1951, Rec. 473, D. 1952.22, S. 1951.3.96) est donc contestable. Agée de 25 ans, la victime vivait avec ses parents et dirigeait leur exploitation agricole). De plus, les troubles ne furent évalués, en l'espèce, qu'à 300.000 frs, compte tenu d'un partage de responsabilité (environ 6.000 F. actuels). *Contra* : Chapus, p. 477 et s. et Vedel, *op. cit.*, p. 287.

La portée des précédents de 1919 (Guinot) et 1921 (Bastian) est donc la même que celle des arrêts Thomas et Bérenger qui semblent avoir seuls retenus l'attention des auteurs.

ans (22) ou bien un descendant majeur (23) peut justifier d'un trouble dans ses conditions d'existence. De même, la perte d'une épouse «oisive» (sic) constitue un simple trouble mais le décès du mari constitue un préjudice véritable (24) : Faut-il voir là quelque misogynie inavouée ?

107. — Enfin, le préjudice matériel réfléchi est indemnisé sans équivoque, lorsque le requérant eût pu exiger et obtenir en fait des aliments de la victime immédiate. En pratique, il s'agit d'une part des descendants âgés de moins de 18 ans (25) car le Conseil d'Etat adopte une conception plus fiscaliste que civiliste de la notion d'obligation d'entretien (26) et, d'autre part, du conjoint survivant. Les autres espèces sont plus rares, partant plus significatives : Décès d'une mineure qui « servait de soutien » à un père octogénaire et invalide (27), d'un fils qui n'assistait pas encore une mère, laquelle était cependant à même d'exiger des aliments (28), d'une fille qui aidait matériellement des parents âgés et nécessiteux (29), voire d'un beau-père (30). Ce n'est, peut-être, que pour l'opposer au dommage moral ou bien, par mégarde, qu'un *arrêt Quénot du* 24 *mars* 1916 *repare un « dommage matériel » en l'absence de tout droit muni d'action.* Le précédent mérite pourtant d'être relevé car il infirmerait une

(22) C.E. 5 décembre 1947, Goussard, G.P. 1948.1.49, S. 1948.3.17, conclusions Letourneur, Rec. 467 (« Trouble... entre le jour de l'accident et la date de sa majorité ») ; C.E. 28 juillet 1950, Charet, R.D.P. 1951, p. 257 (cet arrêt répare le préjudice résultant de la nécessité de travailler pour finir ses études, dommage purement pécuniaire et non pas moral).

(23) C.E. 23 janvier 1931, S. 1931.3.97 : 20.000 frs d'indemnité. Les conclusions de M. Latournerie sont révélatrices sur l'aspect pécuniaire de cette notion : XVI°. « Le Conseil n'a, dans les cas de ce genre, ,en ce qui concerne les enfants, coutume d'accorder d'indemnité que quand ces enfants sont mineurs de 16 ou de 18 ans. Or, il semble bien que la fille du sieur J. ait atteint sa majorité. Mais aussi vous accordez réparation pour les troubles causés par le décès dans les conditions d'existence ».

(24) Voyez Tables du Rec. Lebon 1950, p. 880 p. ex.

(25) B.G. : Voyez la série d'arrêts cités p. ex. par le commissaire du gouvernement Letourneur dans ses conclusions devant C.E. 5 décembre 1947, S. 1948.3.17 et s. (spécialement p. 17, col. 2).

(26) Concl. Letourneur préc. p. 18 : Argument tiré de l'absence d'obligation de doter et d'établir les enfants (art. 204 C. Civ.) et du caractère bénévole de l'aide parentale lorsque l'enfant a atteint l'âge de 18 ans. Comp. les préoccupations fiscales de l'article 156.II.2° C. Gen. Impôts (mod. loi, 28 décembre 1959, art. 9) en matière de pensions déductibles de l'impôt sur le revenu des personnes physiques : Le droit à pension est systématiquement minoré. Telle est la logique du système du droit muni d'action. Comp. *infra,* n° 130, notes 17 à 19.

(27) C.E. 29 décembre 1922, Cons. Jauliac, Rec. 1009.

(28) C.E. 24 février 1939, dame Vve Barré, S. 1939.3.63 (... « en droit de demander à son fils... un secours alimentaire ; elle avait, par suite, qualité, en raison de cette circonstance, pour... »).

(29) C.E. 27 octobre 1950, Rouby, R.D.P. 1951.527 (« eu égard tant à leur âge, qu'à l'aide matérielle que leur fille leur apportait... »).

(30) Indemnité à un gendre (sur action jointe à celle de son épouse) : C.E. 8 juillet 1921, Consorts Abbal et Sabatier, Rec. 685.

doctrine courante quant à l'historique de la responsabilité administrative (31).

108. — En définitive, deux points sont incontestables. L'action de la concubine ne fut pour le Conseil d'Etat que l'occasion (32) d'expliciter une doctrine préexistante, héritée de l'irresponsabilité de la Puissance Publique et des règles techniques du contentieux administratif. D'ailleurs, seuls des créanciers alimentaires éventuels du défunt obtiennent une indemnisation.

Par ailleurs, deux autres points semblent certains. Les requêtes formées par d'autres que les créanciers alimentaires légaux du défunt sont déclarées irrecevables avant tout examen au fond. Néanmoins, le Conseil d'Etat n'exige pas toujours que le droit aux aliments ait été muni d'action (33), soit qu'il constate un trouble aux conditions d'existence, soit que, exceptionnellement, il tienne ouvertement compte de la perte d'une chance (34).

A l'issue de cette période, le Conseil d'Etat fait certes preuve de plus de souplesse dans l appréciation de la certitude mais il est peut-être contestable de discerner avec M. Chapus l'amorce d'un véritable revirement à travers les arrêts Thomas (35) et Bérenger (36). En effet, ces derniers se bornent à indemniser l'atteinte aux conditions d'existence en dépit de l'absence d'un droit né et actuel à exiger une pension alimentaire. Or, les arrêts Quénot, Guinot et Bastian, rendus respectivement en 1916, 1919 et 1921 indiquent qu'il en allait de même plus de trente années auparavant (37).

Toujours est-il que le caractère général de la jurisprudence Rucheton échappa à la doctrine privatiste contemporaine trop exclusivement concernée par l'hypothèse de la concubine. Cette doctrine incita la Cour de Cassation à s'inspirer de la jurisprudence administrative, sans en percevoir bien clairement les postulats (38).

(31) C.E. 24 mars 1916, époux Quénot, S. 1922.3.53, 1re esp. (10.000 frs pour « dommage matériel » : fils soldat et décédé à la suite d'une faute du service). L'indemnité accordée correspond sensiblement à 25.000 N.F. et n'est donc pas symbolique. Les conversions monétaires ont été opérées en s'inspirant du Rapport du Conseil Economique de 1964 (éd. J.O. n° 1090-64-1, p. 104). Cf. *infra*, n° 108 et note 37.

(32) En ce sens : Chapus, *op. cit.*, n° 454 (Toutefois nous ne saurions suivre cet auteur quant au revirement de la Cour de Cassation lequel vise, par son essence même, l'union libre).

(33) *Contra* : Chapus, *op. cit.*, p. 476 et s.

(34) C.E. 5 août 1921, sieur Bastian, Rec. 527 préc. et 25 juillet 1919, Guinot, Rec. 689 préc.

(35) C.E. 28 avril 1950 préc., Rec. 880, (décès d'un fils futur collaborateur). Cf. *supra*, n° 106, note 20.

(36) C.E. 28 juillet 1951 préc., Rec. 473 (décès d'un fils majeur), cf. *supra*, n° 106, note 21.

(37) Cf. *supra*, notes 20, 21 et 31. Comp. p. ex. Vedel, *op. cit.*, p. 287, éd. 1964. Comp. *infra*, n° 133, C.E. 25 janvier 1952, Simon.

(38) Cf. *supra*, n° 80, note 8.

§ 2. — RESPONSABILITE PRIVEE (*De 1937 à 1954 environ*).

A l'instar de ceux qui l'ont précédé, notre essai de synthèse théorique du droit de la responsabilité publique reste contestable puisqu'il repose sur de simples conjectures quant aux intentions secrètes du Conseil d'Etat. Néanmoins le mystère dont il s'entoure n'a pas nui à l'unité de l'interprétation car, précisément, la Haute Juridiction administrative reste jusqu'en 1953 tout à la fois juge de droit commun, juge d'appel et juge de cassation.

En revanche, la Cour de Cassation doit être un « guide ». Elle ne peut assurer l'unité de la jurisprudence judiciaire qu'en explicitant sa doctrine. Or, en 1937, la Cour Suprême imposa aux juges du fond un revirement de jurisprudence visant l'union libre. Toutefois, les fondements théoriques de ce revirement restèrent confus. Par voie de conséquence, l'unité de la pratique judiciaire s'en ressentit ultérieurement.

I. - *Du revirement de 1937 au regard de la théorie juridique du dommage matériel.*

109. — Il fallait poser le problème en ces termes : Au niveau des finalités, de quoi s'agit-il ? Essentiellement d'écarter toute action tendant à l'indemnisation du dommage matériel réfléchi subi par une concubine du fait de l'anéantissement du foyer extra-légal (1).

Au niveau de la technique juridique, l'arsenal des solutions est bien pourvu. Si l'on se réfère aux quatre systèmes concevables (2), les solutions extrêmes sont a priori exclues. En effet, le système le plus libéral (atteinte à un intérêt certain même illégitime) est inefficace, cependant que le système le plus restrictif (atteinte à un droit subjectif *stricto sensu*, c'est-à-dire muni d'action) implique logiquement un recul brutal de l'idée même de responsabilité civile (3).

(1) De lege ferenda, nous ne partageons pas intégralement ce point de vue (cf. *supra*, 3e partie, nos 214 et s.).

(2) Cf. *supra*, nos 10, 11 et 46 et Chapus, n° 45 préc.

(3) La liste des victimes médiates deviendrait squelettique. Bien plus, *le dommage corporel subi par la victime immédiate devrait être logiquement (sic) irréparable* puisque « le titulaire du prétendu droit à la vie n'aurait pu obtenir que la vie lui soit rendue » (Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, éd. 1963, n° 6, p. 52).

Même sens : Nerson, Th. préc. 1939, p. 386. *Contra :* Dabin in *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 31). D'ailleurs, le « droit au travail, dont il est tenu compte lors de l'évaluation de l'I.P.P. d'un blessé est-il muni d'action ? Réserve faite des lois d'assistance (financées économiquement par un système d'assurance mutuelle), il s'agit uniquement d'une faculté de travailler ou de ne pas travailler, comparable à la « liberté de l'alcôve », droit (sic) pour deux citoyens majeurs d'entretenir consciemment les rapports sexuels, moraux ou immoraux, de leur choix. L'exemple du « droit à la beauté »

Le choix aurait donc dû être limité aux systèmes intermédiaires. Mais, que l'on opte pour le système de l'atteinte à un intérêt légitime, ou bien pour celui de l'atteinte à un lien de droit *lato sensu* (tel que parenté, alliance, obligation naturelle, etc...), c'est-à-dire à une « situation juridique objective », partant légitime (4), il reste toujours nécessaire de se prononcer explicitement sur l'illégitimité de l'union libre. La concubine dispose, en effet, d'une créance naturelle d'aliments. Ce n'est donc qu'au plan de la légitimité de l'intérêt lésé que l'on pourrait distinguer sa situation de celles de l'enfant naturel de fait, du frère ou des divers parents et alliés qui ne sont pas créanciers civils d'aliments.

110. — En 1934 (5), la Chambre Criminelle avait semblé s'orienter dans cette direction. Plus récemment, la Cour de Lyon venait de poser clairement la question. Elevant le débat jusqu'aux principes, cette juridiction avait si bien perçu l'alternative qu'elle en adopta successivement les deux branches, par deux arrêts contradictoires mais d'une haute tenue, l'un comme l'autre.

Un premier arrêt adoptait, en effet, le système du lien de droit *lato sensu* et relevait, *en outre,* l'immoralité de l'Union libre (6). Un second arrêt adoptait le système préconisé par M. Marty en 1931 : Se contentant d'un simple intérêt, il constatait *en outre* la légitimité de l'intérêt allégué en l'espèce par la concubine (7).

La Cour Suprême ne sut pas opter entre ces deux thèses, opposées mais cohérentes. Elle exclut la concubine de la « liste des ayants-droit » mais elle fonde ses arrêts sur des motivations variables, contradictoires et faussement techniques. L'inconsis-

(préjudice esthétique), à l'épanouissement de l'enfance (préjudice juvénile), aux joies du mariage (indemnisation du conjoint en cas d'impuissance accidentelle) est plus topique encore : c'est là, pensons-nous, la preuve par l'absurde des conséquences ultimes du système du droit subjectif stricto sensu.

(4) Terminologie empruntée à M. Roubier, *op. cit.*, p. 73 (et p. 238 et s.). Comp. : Le Balle, *La Chose Jugée,* Cours de doctorat 1954-55, éd. Cours de droit, p. 238 (... « situation avalisée par le Droit »).

(5) M. Picard, note préc., Rev. Gen. Ass. Terr. 1934, p. 607 in fine, sous Crim. 27 avril 1934 : « N'est-ce pas plutôt le caractère immoral des relations qui a entraîné la décision de la Cour ? Mais alors la doctrine même de la Chambre Criminelle, en ce qui concerne le droit de la concubine en général, n'est-elle pas sérieusement compromise ? ». Cf. *supra,* n° 101, note 38.

(6) Lyon, 1re Ch. 11 octobre 1935 (pres. Monin), au Mon. Jud. de Lyon du 7 juillet 1936 et au Rec. 1936, p. 608 : « L'existence d'un intérêt est insuffisante à donner ouverture à une action en réparation d'un préjudice, si la victime ne justifie pas de la lésion d'un droit... Le concubinage est un simple fait ignoré par la loi et d'ailleurs immoral ». Cet arrêt fut rendu à propos d'une action en réparation pour rupture abusive de l'union libre.

(7) Lyon, 1re Ch. 12 mars 1936 (1er président : Villeminot), Dlle L... c/ Soc. Chim. de la Route, DH. 1936.276 « La lésion d'un intérêt suffit..., à la seule condition que le dommage soit actuellement certain, que l'intérêt sur lequel il se fonde ne soit ni illicite, ni immoral, soit en d'autres termes légitime ». L'état d'union libre n'est pas nécessairement illégitime. Comp. Marty préc, note au S. 1931.1.145 et s.

tance et l'ambiguïté de cette jurisprudence mit inutilement à l'épreuve la sagacité des meilleurs esprits (8).

A - *Analyse descriptive des arrêts de 1937.*

Le 13 février 1937, la Chambre Criminelle abandonne sa jurisprudence libérale. Peu après, la Chambre Civile, saisie pour la première fois d'une espèce relative à une concubine, se prononce également contre cette dernière mais elle fonde son arrêt sur une motivation qui lui est propre

111. — La Chambre Criminelle affirme désormais : « Attendu que celui qui demande la réparation du dommage causé par une infraction à la loi pénale doit justifier *d'un préjudice direct actuel et certain ;* qu'un tel préjudice *ne saurait résulter de la cessation de l'assistance que la victime de l'infraction accordait au demandeur, lorsque cette assistance n'était pas légalement susceptible de servir de fondement à une obligation valable* » (9). Cet arrêt de cassation, à la différence de deux autres espèces tranchées le même jour (10), constitue une décision de principe. Aucune indemnité ne peut être accordée à la concubine du défunt, non plus qu'à son enfant naturel reconnu judiciairement après le décès du père et après l'arrêt frappé de pourvoi. *Ce second aspect de l'arrêt Cabassut échappa à la doctrine.* La moti-

(8) Comp. CARBONNIER, t. 2, n° 192, p. 671 (« gaspillage d'intelligence et de temps ») ; TUNC, *La Sécurité Routière*, Dalloz 1966, p. 20 à propos de la signification des terminologies successivement employées par les arrêts pour l'art. 1384, § 1 : « qui peut répondre... et trouver un juriste qui souscrive à sa réponse ? ».

(9) Crim. 13 février 1937 (Caous pres., J.A. Roux rapp. et Lyon-Caen av. gen.), Cabassut c/ Bourret, D.P. 1938.1.5, note Savatier, 3e espèce, G.P. 1937.1.467, S. 1937.1.153, rapport J.A. ROUX, Rev. Gen. Ass. Terr. 1937.527, note M. Picard. Cet arrêt casse l'arrêt préc. Nîmes, 12 mai 1933 (S. 1933.2.25, note Tortat). Cf. *supra*, n° 97, note 12.

(10) Ces deux arrêts, rendus également sur des conclusions de l'avocat général Lyon-Caen mais sur des rapports différents, ne nécessitèrent pas de délibération en la Chambre du Conseil. Références identiques.

a) Espèce Dlle Vaillant c/ Berson. Cet arrêt de rejet ne diffère en rien des arrêts antérieurs. L'arrêt d'appel relevait que « l'intention de continuer l'octroi de subsides » était incertaine et que le défunt « s'affichait avec une deuxième maîtresse » (Dijon, 12 décembre 1934).

b) Espèce Frater c/ dame Rossé (es-qualités au nom de ses enfants mineurs, *enfants naturels de fait* de la victime immédiate). L'arrêt d'appel n'avait pas suffisamment répondu aux conclusions de Frater relatives à la certitude des subsides. (En effet, la dame R. avait quitté la victime immédiate, un sieur Jourdain, avant son décès, épousé le sieur R. et conservé la garde des enfants). Cassation, au motif qu'un préjudice réparable « ne saurait résulter de la cessation d'une assistance si celle-ci... n'avait pas revêtu un tel caractère de continuité que la mort seule de son auteur en pouvait causer l'interruption... En statuant sans constater si l'assistance ainsi envisagée présentait un caractère exempt de précarité... ». A contrario, cet arrêt est *apparemment* conforme à la jurisprudence antérieure : Comp. Crim. 31 octobre 1930 préc. S. 1931.1.145.

vation, reprise par diverses décisions postérieures (11), est hermétique. Que signifie une assistance qui « fonde » (sic) une obligation (de poursuivre l'assistance ? d'en réparer l'interruption par un tiers ?) valable ? Outre Vaugelas, le bon sens en est offensé. A vrai dire, nul n'a jamais pu traduire « en clair » la formule de l'arrêt Cabassut qui reste mystérieuse quant au fond et inélégante quant à la forme.

112. — L'arrêt Méténier, rendu par la Chambre Civile le 27 juillet 1937, use d'une formule plus élégante et qui sonne bien. Cependant, il ne précise aucunement ce qu'il faut entendre par la « lésion certaine d'un *intérêt légitime, juridiquement protégé* » (12). Bien plus, le principe posé, l'arrêt en applique cumulativement les diverses interprétations possibles à l'hypothèse de la concubine. Il relève d'abord que « le concubinage demeure en toute occurence... une *situation de fait* », ce qui paraît impliquer l'exigence d'un lien de droit *lato sensu* (3e système concevable). L'arrêt note ensuite que « les relations... ne peuvent à raison de leur *irrégularité* même, présenter la valeur d'intérêts légitimes », ce qui semble épouser le second système suggéré en 1931 par M. Marty. Mais, l'arrêt conclut enfin que « la *créance* d'aliments de la concubine qui, du vivant du concubin, *n'était que naturelle*, ne saurait servir de base à une créance civile s'affirmant par l'exercice... d'une action en responsabilité », ce qui peut tout aussi bien signifier l'exigence de l'atteinte à un droit subjectif *stricto sensu* et muni d'action (système le plus restrictif).

B - *Signification juridique du revirement de 1937.*

Quinze années plus tard, un éminent spécialiste concluait avec un légitime désenchantement : « Je regretterai seulement que, sacrifiant aux mœurs doctrinales de l'époque les auteurs perdent leur temps — et un temps précieux, étant donné la qualité de leurs travaux, lorsqu'il s'agit de MM. Marty et Flour — à faire la stérile exégèse de décisions judiciaires moins bien rédigées que

(11) Crim. 21 décembre 1937, Régnier c/ Vve Moleu, G.P. 1938.1.175 ; Crim. 18 février 1938, Bessudo c/ Dlle Wolff, G.P. 1938.2.70 sous-note (arrêts de cassation rendus en dépit de circonstances plus favorables aux concubines que dans l'espèce Cabassut).

Cf. *infra*, à propos du dommage moral, n° 190, notes 41 et 42.

(12) Civ. 27 juillet 1937 (Matter 1er pres., Josserand rapp., Bloch-Laroque av. gén.), Méténier c/ époux Luce, S. 1938.1.321, note Marty, J.C.P. 1937.2.466, note Dallant, D.P. 1938.1.5, 4e espèce, note Savatier, G.P. 1937.2.376, D.H. 1937.437, Rev. Gén. Ass. Terr. 1937.983, note M. Picard. Pourvoi contre Paris, 9 novembre 1932 préc. G.P. 1933.1.59.

Chapeau de l'arrêt : « Attendu que le demandeur d'une indemnité délictuelle ou quasi délictuelle doit justifier, non d'un dommage quelconque, mais de la lésion certaine d'un intérêt légitime, jurdiquement protégé ».

les textes de loi dont l'étude minutieuse avait appelé, à la fin du siècle dernier, les justes critiques de l'école nouvelle » (13).

Certes, l'exégèse de ces arrêts reste vaine car, en dépit de formules rituelles mais équivoques, la jurisprudence n'est pas simple (au sens originaire du terme) ainsi qu'en témoigne la rédaction de l'arrêt Méténier. Peut-être est-il possible cependant de formuler un essai de synthèse des divers systèmes suivis concurremment par les arrêts en renonçant à la méthode classique et en s'attachant aux espèces jugées plus qu'aux formules abstraites.

1°) *De l'échec des interprétations doctrinales unitaires.*

Il est impossible de saisir la jurisprudence à partir des formules des arrêts. D'une part, le même motif est susceptible de plusieurs sens. D'autre part, le droit jurisprudentiel n'épouse jamais intégralement et exclusivement l'une de ces significations. Aussi, au lendemain des arrêts de 1937, l'incertitude du Palais égale-t-elle la perplexité de la doctrine.

113. — Dès l'origine, le Palais est divisé sur la nécessité et la portée du revirement. L'arrêt Méténier est rendu contre les conclusions de l'avocat général Bloch-Laroque et l'arrêt Cabassut contre le rapport du conseiller Roux à propos de l'enfant naturel de fait (14), ce qui passa trop inaperçu à l'époque. Les premières décisions des juges du fond révèlent un profond désarroi : Faut-il viser l'immoralité de l'union libre (15) quitte alors, dans l'hypothèse d'une belle-sœur incestueuse, à « dissocier l'élément qui ressortit du concubinage et celui qui relève de la proche alliance » (16) ? Faut-il dénoncer le caractère aléatoire de tous les subsides bénévoles (17) ? Faut-il exiger l'atteinte à une créance civile (18) ?

114. — Pour leur part, les auteurs s'efforcent en vain de prêter cohérence et unité de pensée à la jurisprudence. Evoquons sommairement les théories doctrinales les plus marquantes.

(13) Rodière, note au J.C.P. 1953.2.7592 sous Civ. 21 octobre 1952, n° IV, col. 4 in fine.

(14) J.A. Roux rapp. préc., n° VIII se contente d'une possession d'état qui d'ailleurs « peut être la base d'une action en recherche ».

(15) Riom, 1re ch. 7 décembre 1938, Vogel c/ dame Philippe, G.P. 1939.1. 381 (« concubinage, illégal par lui-même... »).

(16) Douai, 4 novembre 1938, Desenfans c/ Vve C., S. 1939.2.86 (frais de deuil en tant que belle-sœur mais non les subsides tirées de l'union libre).

(17) Lyon, 5 mai 1937, espèce Dlle Allemand (voy. motifs reproduits sur pourvoi par Crim. 8 avril 1938, G.P. 1938.2.69, D.H. 1938.310). Adde à propos d'un enfant de fait : Riom, 7 décembre 1938 préc.

Contra. Pour une sœur, Douai, 4 novembre 1938 préc.

(18) Amiens, 29 novembre 1938, 1er pres. Le Clercq sur renvoi de Civ. 27 juillet 1937, Méténier c/ Luce (... « la créance... qui... n'était que naturelle » constitue le motif essentiel de cet arrêt).

Une première interprétation consiste à restreindre la portée du revirement à l'hypothèse de la concubine en intégrant, selon des modalités diverses, les arrêts de 1937 au droit positif antérieur. Le doyen Savatier limite la portée du revirement à un simple « redressement de la jurisprudence » (19). A son sens, les arrêts se placent exclusivement sur le plan de la certitude du dommage. Condamnant toute distinction entre communauté de lit et communauté de vie (20), la Cour Suprême, poursuit la voie tracée par l'arrêt du 27 avril 1934. Elle affirme son contrôle de la qualification (21) car « les leçons progressives des faits l'ont conduite à percevoir, avec évidence, l'instabilité de droit de toutes les unions libres » (22).

Dans le même esprit, d'autres auteurs intègrent les arrêts de 1937 au système exposé dès 1931 par M. Marty (23) : Nécessité d'un intérêt légitime. Sensibles à l'arrêt Méténier plus qu'à l'arrêt Cabassut, au motif tiré de « l'irrégularité des relations établies par le concubinage » plus qu'à la constatation d'une « situation de fait » ou d'une « filiation non légalement établie », MM. Flour (24) et Mazeaud (25) interprètent alors l'exclusion de l'action de la concubine comme une sanction de l'illégitimité d'une situation immorale ou, du moins, contraire à l'ordre social.

115. — A des degrés divers, ces interprétations négligeaient le *second aspect de l'arrêt Cabassut*. La Chambre Criminelle avait été également saisie du cas d'un enfant naturel simple de fait. La filiation était établie par une décision non définitive lorsque la Cour d'Appel statua sur la réparation du préjudice matériel réfléchi. Dans de telles circonstances, vu l'effet dévolutif de l'appel et le caractère déclaratif de la reconnaissance judiciaire de paternité (26), l'effet pratique d'un arrêt de cassation et de renvoi est nul. Les motifs de l'arrêt étaient donc d'autant plus dignes

(19) Savatier, note au D.P. 1938.1.5 et s. sous les 4 arrêts de 1937 : p. 6, col. 1. I.

(20) Note préc. p. 7, col. 1 I, in fine. Voyez *supra*, n° 100, note 34.

(21) Crim. 27 avril 1934 préc., D.H. 1934, 302, voy. *supra*, n° 101.

(22) Note préc., p. 7 II. Voy. *supra*, n° 100, note 31.

(23) Note au S. 1931.1.151, col. 1. Cf. *supra*, n° 101 in fine.

(24) J. Flour, *Examen doctrinal de jurisprudence*, Rev. Crit. Leg. Jur. 1938, p. 317 à 366 préc. : spécialement III. 1° A., p. 358 à 361.

(25) H. et L. Mazeaud, n° 278 et s. : ces auteurs, après avoir abandonné la thèse de l'instabilité de principe (1re édition de leur traité et D.H. 1932, chr. p. 77 et s.), affirment l'immoralité de principe de l'union libre, invoquant même l'adage « nemo auditur » (t. 1, éd. 1957, p. 364 et éd. 1965, p. 381). Peu après les élections de 1936, une telle motivation ne pouvait pas correspondre aux sentiments du législateur. Adde : P. Esmein, *op. cit.*, Journal de la G.P., variétés, 23 mars 1937 ; Dallant note au J.C.P. 1937.2.466 préc. (« motif pénétré de moralité »).

(26) Req. 8 mai 1934, D.H. 1934.345.

d'attention : « La *filiation naturelle du mineur B. n'est pas légalement établie ;* il suit de là que... ». Dès 1937, il était donc certain que la Chambre Criminelle ne limitait pas son orientation restrictive au seul cas de la concubine (27), mais déjà, le problème de la concubine faisait écran à l'analyse du problème général.

116. — Une seconde interprétation, dûe à M. Marty, témoigne d'une double originalité. D'une part, cet auteur constate mais n'approuve pas de *lege ferenda* (28). D'autre part, il perçoit dès l'origine la vocation générale de l'arrêt Méténier. « Au fronton même de l'édifice », la Cour affirme l'exigence de l'atteinte à un droit subjectif tel que le définissait Ihering (29). L'allusion gratuite à l'existence d'une obligation naturelle implique *a contrario* l'exigence d'un droit subjectif muni d'action. « La liste des ayants droit va se trouver fort réduite » (30).

Même *a posteriori*, la perspicacité de l'analyse ne suscite que peu de réserves (31). Au lendemain des arrêts Méténier et Cabassut, tel semblait être le droit positif Mais cette conception, cohérente et unitaire, fut démentie peu après par toute une série d'arrêts qui accordèrent une indemnité à des parents ou alliés en l'absence d'un droit lésé (32) ou du moins en l'absence d'un droit muni d'action (33).

(27) a) M. Savatier, influencé par la thèse du conseiller rapporteur Josserand (note préc. D.P. 1938.1.5 et s. II in fine) devant la Chambre Civile néglige les discordances de l'arrêt Cabassut (note préc. n° III in fine renvoie à la jurisprudence antérieure, pour l'enfant adultérin de fait). Interprétation maintenue en dépit d'arrêts subséquents plus explicites (Savatier, t. 2, p. 119, n° 551 et note 2, éd. 1951).

b) M. Flour éprouvait des doutes dès 1938 (*op. cit.*, A. 2, p. 360 : La formule de l'arrêt Cabassut est « critiquable » car elle peut conduire à limiter la liste des ayants-droit aux créanciers d'aliments, ce qui « dépasserait la pensée de la Cour »). Il abandonne son interprétation initiale en 1945 (Note au D. 1945.293).

c) Les éditions ultérieures du Traité de MM. Mazeaud persistent à n'étudier les arrêts de 1937 qu'à l'occasion de la concubine. Toutefois, ces auteurs ont mis en évidence depuis très longtemps le caractère équivoque de la terminologie des arrêts et de la notion de droits acquis cf n°s 275 et s. et surtout n° 285 pour l'enfant naturel de fait.

(28) Note préc. S. 1938.1.321 et s. (§ 3).

(29) « Esprit du droit romain », trad. Meulenacre, t. 4, p. 336, cité in Marty, note préc. S. 1938.1, p. 322, col. 2.

(30) Note préc., § 2, p. 322 in fine.

(31) Cet auteur sous-estima comme beaucoup, le second aspect de l'arrêt Cabassut puisqu'il invoque la « tendance » de l'arrêt Frater à propos de l'enfant de fait (p. 323, col. 1).

Cf. également l'hypothèse d'une séduction dolosive à l'origine de l'union libre (p. 322, col. 2) expressément condamnée par le rapport J. A. Roux préc.

(32) Req. 30 avril 1940, D.A. 1941.S.4 (Absence de droit sur la succession d'une marâtre) ; Req. 9 juin 1941, D.A. 1941.J.277 (sœur de la victime) cf. *infra*, n°s 128 et s.

(33) Soc. 21 novembre 1940, D.A. 1941.13 (épouse séparée de fait).

2°) *Du dualisme du préjudice matériel réfléchi.*

117. — Il est tentant de conclure par un procès-verbal de carence et de condamner les « fantaisies » jurisprudentielles (34) ainsi qu'un critère qui se désintègre en un « moyen commode de statuer en équité » (35). Toutefois, si l'on part de « l'existence » du droit jurisprudentiel, sans en rechercher une essence, insaisissable et monolithique (36), les arrêts s'ordonnent dans une perspective dualiste.

Lorsque le demandeur n'est pas le parent ou l'allié du défunt, l'intérêt lésé n'est pas jugé digne de protection, l'atteinte à un droit subjectif muni d'action est alors exigée. Lorsque le demandeur est un parent ou un allié, les principes se font moins stricts. L'opposition traditionnelle et excessive (37) entre le « droit » et « l'intérêt » s'atténue en fait, même si le revêtement juridique des arrêts reste immuable en apparence. La nature complexe de l'institution apparaît ici de façon éclatante à qui veut bien se souvenir que le véritable esprit juridique français n'a rien de géométrique (38).

II. - *Vérification de la thèse dualiste : Existence de deux critères parallèles.*

118. — En premier lieu, une chose est certaine. Les divers arrêts de la Cour Suprême rendus à cette époque sont inconciliables si l'on raisonne dans le cadre d'un seul système théorique, c'est-à-dire dans une perspective classique qui ignore l'originalité de la réparation du dommage matériel réfléchi (1), institution appartenant techniquement au droit de la responsabilité civile

(34) Cornu et Foyer, *op. cit.*, éd. 1958, p. 296 et s. (notions prétoriennes, souples, vagues et fantaisistes... sic !).

(35) H. Mazeaud, « La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile », D. 1954, Chron. 39 et s. : Introduction.

(36) « Il est décidément plus difficile d'interpréter la jurisprudence que de formuler une théorie personnelle ». J. Flour, note préc. D. 1945, p. 294, col. 2.D.

(37) M. Roubier (« Droits subjectifs et situations juridiques », éd. 1963) critique la formule de Ihering notamment p. 54 et s. et condamne « l'abus du mot : droit » (n° 6, p. 47 et s.).

(38) Cf. *infra*, n°s 248, 251 et 252 sur le point de savoir si le dualisme des critères correspondant à une ambivalence de la notion même de préjudice réfléchi. Comp. Carbonnier, t. 1, p. 134, éd. 1969.

(1) Comp. *infra*, n°s 136 et s. et notre note préc. J.C.P. 1968.2.15510 (I.A. et III. B. C.). Il semble en effet que la perspective unitaire classique condamne les meilleurs analystes de la jurisprudence à reconnaître des tendances divergentes mais à renoncer à la possibilité d'une synthèse (cf. M. Flour, *supra*, n°s 115, 116, note 36 et *infra* n° 128, note 7). Par ailleurs, l'effort d'intégration dans un système unique n'explique-t-il pas que certains arrêts, par trop divergents, n'aient pas fait l'objet de controverse notables ? L'on songe par exemple, hier, au second aspect de l'arrêt Cabassut (*supra*, n° 115 et note 31) et, aujourd'hui, au premier arrêt Pedron (*infra*, n° 139) voire à l'espèce, dame Marcel (*infra*, n° 229, note 27). Les arrêts de la Cour Suprême ne semblent pas analysés s'ils ne « cadrent » pas avec

et spirituellement de par son Histoire (1 bis) au droit de la Famille : Famille légale et institutionnalisée, ou bien famille de fait, c'est-à-dire non (encore) institutionnalisée ?

Pour notre part, dans une vue dualiste, nous pensons pouvoir établir que, à cette époque, le droit positif connaît deux critères juridiques différents et qu'il en fait.. *une application distributive selon les chefs de préjudices allégués*. Lorsque l'intérêt lésé est conforme à l'éthique familiale, c'est-à-dire, en pratique, lorsque le demandeur est un parent ou un allié de la victime immédiate, l'atteinte à une situation de fait suffit. En revanche, lorsque le demandeur « n'est pas de la famille », l'atteinte à un droit d'exiger des subsides est nécessaire (2).

Cette assertion se vérifie par l'étude des espèces concrètes, même si les formules des arrêts restent équivoques. Elle permet de concilier des arrêts, apparemment divergents, rendus par la Cour de Cassation. Les nuances apportées ultérieurement ne démentent nullement cette explication. Dans l'espace, des variantes sont inévitables d'un juge du fond à l'autre. Dans le temps, l'évolution des conceptions sociales, familiales... et politiques (3), infléchit ce critère tiré de l'éthique familiale. Au terme de la période envisagée, vers 1955, le domaine de l'exigence d'un droit muni d'action se restreint. Cette évolution bénéficiera à des enfants de fait, à des fiancés voire à des concubins. La famille de fait tend d'ailleurs à acquérir droit de cité.

A - *De l'adoption d'un critère restrictif en présence d'un demandeur étranger à la famille légale.*

Lorsque le demandeur n'est juridiquement ni le conjoint, ni un parent ou un allié du défunt il lui faut justifier de l'atteinte à un droit subjectif muni d'action qui lui eût permis d'exiger et d'obtenir avec certitude une assistance alimentaire (et non une simple indemnité) de la part de la victime immédiate. Tel est le principe. La jurisprudence module ce principe selon le degré de moralité du dommage allégué à l'occasion des hypothèses les plus usuelles : demandes formées par une concubine, une fiancée un enfant de fait, etc...

un système abstrait et entaché d'a priori et ne sont que rarement cités (cf. *infra*, n° 139, note 13).

(1 bis) Sur l'histoire cf. *supra*, n°s 53 à 67, spécialement n° 63, notes 28 et 29.

(2) Souvenir occulte de l'action familiale ? Influence illogique de la jurisprudence Pilon dont l'arbitraire prétorien ne peut être étendu au préjudice patrimonial (Req. 2 février 1931, D. 1931.1.38) cf. *infra*, n° 190 ? Idée moralisatrice ? Ces diverses préoccupations ont dû jouer un rôle cumulatif auquel la logique géométrique ne trouve certes pas son compte.

(3) On perçoit à travers l'évolution des conceptions morales de la magistrature, le « souffle » ou la pression des régimes successifs : front populaire de 1936, réaction familialiste, « Années de Vichy ». (En ce sens : Carbonnier, *op. cit.*, Rev. Soc. Jur. Bern., p. 310, 2e alinéa), Libération du

1°) *L'action de la concubine.*

119. — Pendant longtemps, la Cour Suprême maintient son opposition à toute indemnisation de la perte des avantages liés à la poursuite de l'union libre. Les formules employées varient d'une chambre à une autre. Elles reproduisent généralement celle des arrêts de 1937... en en préservant tout le mystère. Sans déduire des conclusions précises de simples détails de rédaction, on relève que la Chambre Criminelle insiste de plus en plus sur l'absence de certitude en cas d'assistance bénévole (4) tandis que la Chambre Civile reprend les motifs de l'arrêt Méténier (5) mais en accentuant parfois l'allusion à « l'irrégularité même » des relations (6).

120. — Des motifs plus sérieux de douter de la pérennité de cette jurisprudence ne manquent pas. En premier lieu, les juridictions inférieures doivent, certes, se rallier à une doctrine aussi nette (7) mais les résistances initiales dues notamment à la Cour

territoire et protection de l'enfance, puis « conceptions morales peu exigeantes mais qui sont celles de notre temps » (CHAPUS, p. 482 in fine).

(4) a) La Chambre Criminelle utililise généralement l'incompréhensible périphrase de l'arrêt Cabassut du 13 février 1937. Cf. *supra* n° 111.

Adde : Crim. 21 décembre 1937, Regnier c/ Moleu, G.P. 1938.1.175 préc. (Concubinage depuis 18 ans. Cassation d'un arrêt de Cour d'Assises postérieur au revirement : 1er juin 1937).

b) Crim. 18 février 1938, Bessudo c/ Wolff, G.P. 1938.2.70 sous-note précise par une incidente « si cette assistance était aléatoire ou précaire » (arrêt de cassation).

Crim. 8 avril 1938, Dlle Allemand c/ Guichard, G.P. 1938.2.69 : ...« et cette assistance n'a pu revêtir un tel caractère de continuité que la mort seule de son auteur en pouvait causer l'interruption » (arrêt de rejet). Quid a contrario ? Peu significatif.

c) Crim. 6 novembre 1940, Comet c/ Vve Simonet, D.H. 1940.210, G.P. 1940.2.270 (arrêt de cassation) et Crim. 2 juillet 1941. Rodriguez c/ dame Torres, G.P. 1941.2.369 (arrêt de cassation, affaire d'assassinat) reprennent purement et simplement la formule de l'arrêt du 13 février 1937.

(5) Civ. 27 juillet 1937 préc., D.P. 1938.1.5. Adde : Civ. 28 novembre 1938, dlle Thore c/ Jouannin, G.P. 1939.1.39, S. 1939.1.71, D.H. 1939.97 (arrêt de rejet) ; Civ. 23 mai 1939, Dlle Le Gouez, G.P. 1939.2.268 (arrêt de cassation).

(6) Accent sur irrégularité : « ... alors surtout que les relations ont été entachées d'adultère à leur origine et pendant presque toute leur durée » (Civ. 20 avril 1939, Wolf c/ Vve Levy, G.P. 1939.2.269 sous-note, arrêt de cassation) ; Civ. 22 février 1944, dame Philippe c/ Vogel, D.A. 1944.J.57, D.P. 1945.293, note Flour, G.P. 1944.1.239.

(7) T. Civ. Gannat, 25 mai 1937, Gaz. Trib. 17 juin 1937, G.P. Tables 1935-1940, p. 443, n° 229 et s. (« état de fait immoral ») ; Riom, 15 décembre 1937, Duranton c/ Dlle Lebeau, G.P. 1938.1.176. (« situation de fait non génératrice de droits ») ; Douai, 21 février 1938, Vve Demanne c/ Lebez, Rec. Douai, 1938.318 (formule de l'arrêt Méténier : cet arrêt infirme un jugement du Trib. Civ. Lille, 19 janvier 1937) ; Douai, 4 novembre 1938, S. 1939.2.86 préc. ; Amiens, 29 novembre 1938, G.P. 1939.1.40 sous-note préc. (renvoi de Civ. 27 juillet 1937) ; Riom, 1re Ch., 7 décembre 1938, Vogel c/ dame Philippe, G.P. 1939.1.381 (sur pourvoi : cf. Civ. 22 février 1944 préc.) ; T. Civ. Villefranche-sur-Saône, 25 février 1948, dame Plissonnier c/ Soc. Bonnardeau, D. 1948.199 (appel explicite à « nemo auditur ») ; Nancy, 20 octobre 1949, Pictryn-Doudec c/ Maily, G.P. 1950.1.6, Rec. Nancy 1949.311 ; Limoges, 27 février 1950, Chauvin c/ Moreau, S. 1951.2.81, note Delpech.

de Paris (8) et aux Cours d'Assises (9) n'en sont que plus significatives. En second lieu, l'indulgence de certains juges du fond, et l'imagination des praticiens contournent la digue dressée par la Cour Suprême. Les concubines disparaissent d'un prétoire qu'encombrent désormais fiancées, « pleureuses » antiques, gérantes d'affaires (10), associées de fait, légataires universelles agissant par la voie successorale (11), veuves « régularisant » in extremis (12). Une certaine indulgence quant à l'appréciation de ces chefs de préjudice restreint la portée *concrète* du revirement (13). Au surplus, dans des domaines connexes, la jurisprudence fait preuve d'un grand libéralisme envers les concubines (14).

(8) Paris, 5e ch., 14 mai 1937, Thomas c/ Dlle Choux, Rec. Gaz. Trib. 1937.2.393 (concubine désignée par le conseil de famille comme tutrice des enfants du concubin... espèce très favorable) ; idem 16 juillet 1937, inédit (cité en note in Rec. Douai, 1938.31) ; T. Corr. Avignon, 15 novembre 1938, D.H. 1939.46 (rejet de l'action sur le plan de la certitude).

(9) L'adage « nemo auditur » est bien peu convaincant lorsqu'il est invoqué par un meurtrier pour censurer la fornication. (Cf. Crim. 21 décembre 1937 et 2 juillet 1941 préc.).

(10) L'exigence d'un lien de droit alimentaire nous semble absurde lorsque le demandeur réclame le remboursement de frais résultant directement et « normalement » de l'accident (cf. *supra*, nos 34 et s.).

T. Civ. Villefranche, 25 février 1948 préc. : « Les débours constituent une gestion d'affaires »... « mandataire tacite du défunt » ; Nancy, 20 octobre 1949 préc. : gestion d'affaires et application de l'art. 1375 C. Civ. pour les frais funéraires.

La motivation est inacceptable sur le plan du « mandat du défunt » (cf. 2003 C. Civ.). Peut-être est-elle critiquable sur le plan de la gestion d'affaires ? 1373 C. Civ. permet de continuer la gestion après le décès du maître. La solution est admise implicitement par Civ. 28 novembre 1938 préc., G.P. 1939.1.39 pour les « frais de traitement et de sépulture » (le moyen est rejeté parce que mélangé de fait et de droit).

(11) T. Civ. Seine, 10 janvier 1947, dame Gaudin, G.P. 1947.1.86, D. 1947. 207 ; Limoges, 27 février 1950, Chauvin, S. 1951.2.81 préc.

(12) T. Civ. Rouen, 8 novembre 1954, Vve Bideau c/ Chantiers de Normandie, G.P. 1955.1.199. L'espèce était très défavorable à la demanderesse (communauté de lit depuis 6 mois seulement ; mariage 9 jours après l'accident avec dispense des bans, ce qui témoigne de l'absence de préparatifs antérieurs ; veuve au bout de quelques jours, elle était déjà remariée lors des débats de 1re instance ! !). Une indemnité modérée lui est allouée cependant (50.000 anciens francs).

L'évolution est certaine depuis Douai, 21 février 1938, Rec. 1938.318 (« La veuve D. n'était pas mariée au moment de l'accident ; c'est à cette date qu'il faut se placer... »). L'espèce était pourtant favorable (concubinage ancien et survie du blessé durant cinq ans).

(13) T. Civ. Seine, 10 janvier 1947 préc. accorde 100.000 francs (employé modeste ; faute partielle de la victime), somme non négligeable à l'époque.

(14) P. ex. Rupture d'un concubinage stable si les circonstances d'icelle constituent des « fautes caractérisées » (Paris, 4 janvier 1952, dame C., J C.P. 1952.2.6842, note Esmein, D. 1952.112 : Le séducteur incite au divorce puis refuse d'épouser sa compagne) ; Civ. 1re, 17 juin 1953, Dlle Escure, J.C.P. 1954.2.7976, note Esmein ; Paris, 7 octobre 1954, D. 1955.100.

Maintien d'une pension de divorce en dépit de l'état de concubinage (Montpellier, 2 décembre 1953, dame Laurent, J.C.P. 1954.2.7977).

Contra : « Immoralité et acte antisocial » pour T. Civ. Aix, 6 décembre 1951, dame Bianchini, D. 1952.81 (à propos d'une déchéance en matière de bail).

Ainsi, l'action de la concubine, du moins lorsqu'elle agit à visage découvert, est écartée de 1937 à 1954. L'existence d'une créance alimentaire naturelle est donc insuffisante. Certains auteurs ajoutent même que le fondement de cette créance étant ici plus indemnitaire qu'alimentaire, elle constitue une peine pour le concubin, responsable de l'union plutôt qu'un droit pour la concubine. Dans cette optique, une créance alimentaire civile serait donc également insuffisante (15). Mais l'on note une discrète résurgence du libéralisme à partir de 1950.

2°) *L'action de la fiancée* (16).

121. — Si les mots ont encore un sens, les fiançailles constituent, dans notre société, une promesse plus ou moins solennelle de mariage accompagnée par l'échange de cadeaux d'usage, et suivie de diverses dispositions tournées vers un avenir commun (contrat de mariage, bans, commande d'un repas de noces, logement futur, profession, etc...). Ces manifestations varient suivant les milieux sociaux. Elles constituent des conséquences normales et coutumières de ce projet d'avenir.

Une femme qui «reçoit des secours pécuniaires » d'un homme, lequel partage sa couche ou son existence, est une prostituée, une maîtresse, une concubine plus ou moins stable. Ce n'est pas une fiancée (17). Mais, en un temps où le joli mot d' « amante » signifie ce que nous savons, le vocable « fiancé » est tout aussi démonétisé : Il peut voiler pudiquement des rapports passés et non pas futurs. Il importe donc de distinguer les divers types de préjudices invoqués par la fiancée.

122. — Le vice originel de la jurisprudence résulte d'une absence d'analyse des deux types de préjudice invoqués. La Cour Suprême refuse toute indemnisation au double motif que d'une part, « il n'existe entre les fiancés aucun lien de parenté ni d'alliance » (18) et que, d'autre part, « l'état de fiançailles ne

(15) Rapport Roux devant Crim. 13 février 1937 préc.

(16) *Supra*, n° 91 pour la période antérieure.

(17) Comp. SAVATIER, t. 2, n° 550 in fine.

(18) Civ. 19 octobre 1943, Fremicourt 1er pres., dlle Gaillard c/ S.N.C.F., J.C.P. 1945.2.2893, note Rodière, S. 1945.1.1, note Chartrou, D.C. 1944. J.14, note Lalou, G.P. 1944.1.5 (rejet d'un pourvoi contre Paris, 5e ch., 24 mai 1938, D.H. 1938.392, G.P. 1938.2.468 sous-note). Espèce très favorable : Institutrice à Oran et fiancée à un haut fonctionnaire parisien, la demanderesse demande un congé et sa mutation, liquide ses intérêts en Algérie (bail résilié), s'embarque le 23 décembre, la cérémonie étant prévue dans tous ses détails pour le 28. Le fiancé fut tué entre temps. Toute indemnisation lui est refusée, même pour l'achat de deux robes de deuil car elle n'y était « pas *astreinte* en tant qu'ex-fiancée »... Peut-être eût-elle dû y assister avec sa robe de mariée, « dépense engagée... à ses risques et périls » ? ?

crée aucun lien de droit et est caractérisé par le fait que chacun des futurs conjoints conserve jusqu'au dernier moment la pleine liberté de son consentement » (19). La doctrine majoritaire critique cette jurisprudence (20) et encourage la résistance des juges du fond (21). Toutefois les critiques doctrinales se placent également trop souvent dans une perspective globale

123. — L'analyse que nous proposons découle de l'existence de deux types de préjudice matériel réfléchi (22). Le préjudice qui résulte de la perte d'une chance de faire un beau mariage n'était pas indemnisé au cours de la période précédente du fait de l'incertitude et de l'immoralité du calcul. Il n'y a aucune raison juridique ou morale de revenir sur cette jurisprudence au bénéfice d'une fiancée, encore moins d'une « fiancée maîtresse » (23) ou d'une « maîtresse épousée in extremis » (24).

En revanche, les frais engagés pour la cérémonie nuptiale, les dispositions prises d'ores et déjà pour l'avenir, les débours liés au décès, constituent un dommage certain et juridiquement réparable dans la mesure où ils sont la suite directe et « normale » de l'état de fiançailles. Le critère de l'atteinte à un droit subjectif muni d'action ne peut jouer aucun rôle en l'espèce. Il s'agit

(19) Crim. 16 mars 1950, Battestini pres., Keck c/ dlle Rothbletz, S. 1950. 1.182, D. 1951.S.7 (Casse Colmar, 4 mars 1949, Rev. Als. Lorr. 1949.143, G.P. 1949.1.236, D. 1949.273). Espèce favorable : mariage prévu 2 mois après l'accident.

Adde : Motifs analogues dans Civ. 22 février 1944, Frémicourt 1er pres., dame Philippe c/ Vogel, D. 1945.J.293, note Flour, préc. (*Fiancée-mère de famille*) ; Limoges, 27 février 1950 préc., S. 1951.2.81 (*Fiancée-« compagne » — légataire universelle*).

(20) 1°) Les louanges sont rares : J.M. Chartrou, note préc. au S. 1945. 1.1 ; Lalou préc. au D.C. 1944.J.14.

2°) Critiques : Flour, note préc., D. 1945.II.B., p. 299, col. 1 (critique de lege ferenda) ; Rodière, note préc., J.C.P. 1945.II.2893, § 1 3° C. (critique définitive de l'argument tiré de la liberté des futurs époux) ; H. Mazeaud, Chron. préc., D. 1954, p. 39 et s. (I. 2, p. 43, col. 2) ; J. Chevallier, « Droit Civil », Sirey 1961, (p. 202.B) ; Mazeaud-Tunc, I, éd. 1965, p. 371, dernier alinéa ; Savatier, t. 2, n° 550 préc. ; Marty et Raynaud, t. 2, éd. 1962, p. 358 ; Raynaud, Cours Lic. 2 préc., 1961-62, p. 490 in fine, etc...

(21) T. Civ. Gannat, 25 mai 1937, Gaz Trib., 17 juin 1937, G.P. Tables, Somm. 1935-1940, p. 443, n° 301 (Frais et débours réparés mais *refus d'indemniser « l'équivalent qu'aurait procuré le mariage »*) ; Colmar, 4 mars 1949 préc. ; T. Civ. de Chateauroux, 24 janvier 1950, dlle Camus, S 1952.2.61, 1re espèce, note Brunet (bans publiés) ; Cour d'Assises de la Seine, 5 janvier 1951, Brissy c/ Machendjinoff, G.P. 1951.1.130, D. 1951.S.40 (frais pas établis par le fiancé demandeur) ; Rouen, 9 juillet 1952, dlle Godard c/ Truchon, D. 1953.14 (bans publiés et situation abandonnée en vue du mariage).

(22) En ce sens : Flour, Cours Lic. 2 préc., 1964-65 préc., p. 627, note 1. (Comp. Cours 1961, p. 785, note 1). Adde : T. Civ. Gannat, 25 mai 1937 préc.

(23) Arg. a fortiori puisque l'on n'indemnise pas l'anéantissement d'une situation matrimoniale de fait antéreure.

(24) La volonté matrimoniale du mourant est si suspecte (P. ex. T. Civ. Rouen, 8 novembre 1954 préc.).

uniquement de rechercher un lien causal (25). Répondre à une fiancée irréprochable que nul ne pouvait l'*astreindre* à assister, dignement vêtue, aux obsèques du disparu est odieux (26) et passe à côté du problème : Est-il normal de porter le deuil d'un fiancé décédé ? Ne le *doit*-on pas coutumièrement ? Préciser que la fiancée a résilié ses fonctions ainsi que son bail d'habitation « à ses risques et périls » eu égard à la liberté du consentement matrimonial, est absurde (26). En effet, le décès du fiancé porte fréquemment atteinte à un droit subjectif acquis ou, du moins, éventuel par application de l'article 1088 du Code Civil (27). Par ailleurs, le fiancé eût engagé sa responsabilité en violant son engagement moral sans « justifier son attitude par aucune raison plausible » (28). Enfin, et surtout, invoquer la liberté du consentement matrimonial est un pur sophisme. Avant comme après le mariage, seuls les intéressés peuvent invoquer cette règle protectrice de leur volonté (29). La liberté du mariage est d'ordre public certes, mais ceci ne signifie point que le public ait son mot à dire en l'espèce.

124. — En somme, durant cette période, la Cour Suprême s'oppose à l'indemnisation de la fiancée. Auteurs et juges du fond sont généralement plus sensibles à l'injustice des solutions qu'à la fragilité de la doctrine de la Cour de Cassation. De fait, cette jurisprudence concerne la causalité ou la certitude du dommage. Elle devrait donc échapper au critère de l'atteinte à un droit muni d'action puisqu'il s'agit de frais causés par l'accident et non de subides interrompus de ce fait.

Au terme de la période envisagée, la Chambre Criminelle tend à l'abandon de sa jurisprudence restrictive. Malheureusement, elle ne distingue pas dans un arrêt Bossy du 16 décembre 1954 entre les divers chefs de préjudice invoqués par la demanderesse

(25) Comp. les frais engagés par des parents pour se rendre au chevet d'un blessé : Civ. 1re, 20 décembre 1960, D. 1961.141 ; T. Gr. Inst. de Nice, 9 mars 1962, D. 1962.414, note Le Roy. En notre sens, Rodière, note préc., J.C.P. 1953.2.7592.VI in fine (Cet auteur s'interroge sur la nature du « droit acquis » envers le responsable — sinon envers les successeurs — pour les frais funéraires etc... engagés par la concubine).

(26) Paris, 24 mai 1938 préc., note 18.

(27) Art. 1088, C. Civ. « Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas »... même du fait d'un décès (T. Civ. Seine, 18 juillet 1923, D.P. 1923.2.206). P. ex. : bague de fiançailles et donation de biens présents par contrat de mariage (condition résolutoire, « si nuptiae... ») ou institution contractuelle (droit éventuel).

(28) T. Civ. Seine, 18 juin 1957, G.P. 1957.2.218 — B.G. : Mazeaud, I, éd. 1965, p. 731 et s. Au surplus, le problème du dommage réparable diffère de celui de la faute qui est à l'origine de la rupture. (*Contra* : Chartrou, note préc.).

(29) Art. 180, C. Civ. : « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux... ». Adde : Rodière, notes précitées

qui était tout à la fois concubine, fiancée et mère de famille (30). Reconnaissant, *in globo*, l'existence d'un préjudice légitime, la Chambre Criminelle amorce un nouveau revirement de jurisprudence. L'évolution est analogue dans l'hypothèse des enfants naturels de fait.

3°) *L'action de l'enfant naturel de fait.*

125. — Durant cette période, l'on ne rencontre guère, dans le cadre de la parenté biologique ou de l'adoption de fait que des actions formées par des enfants (31). Le recul par rapport aux solutions antérieures est ici manifeste (32). Une jurisprudence ferme écarte les demandes formées par les enfants naturels de fait, adultérins ou non. Les arrêts de la Chambre Criminelle affirment de plus en plus clairement l'insuffisance d'une créance alimentaire naturelle (33). Quant aux motifs de l'arrêt Vogel rendu par la Chambre Civile le 22 février 1944, ils sont très explicites : « L'enfant ne pouvant exiger la continuation de prestations bénévoles », son action doit être rejetée (34).

(30) Crim. 16 décembre 1954 (Battestini pres.), Bossy, B. Crim. 1954, n° 412, p. 707, J.C.P. 1955.2.8505, D. 1955.S.56, arrêt de rejet (concubine ; un enfant commun reconnu ; enceinte de 8 mois lors de l'accident survenu 6 jours avant la cérémonie ; bans publiés). Nîmes, 6 février 1954, estime que « cette union paraissait inévitable ». Rejet par un motif banal : « ...Au vu de ces constatations, ...a pu admettre l'existence d'un préjudice légitime... » sans allusion à la mystérieuse « obligation valable » de l'arrêt Cabassut (*supra*, n° 111).

(31) Périodes antérieures : cf. notamment *supra*, n°s 75 et s. et n°s 89 et s. Action d'une *mère naturelle de fait* : Bordeaux, 28 janvier 1954, Laurent c/ Dlle Moncel, D. 1954.359, obs. H. Mazeaud, Rev. Tr. Dr. Civ. 1954, p. 481. Indemnisation d'un « préjudice matériel certain » bien que l'arrêt constate que « la reconnaissance... postérieure au décès de l'enfant... ne peut produire aucun effet juridique » (Ce dernier point est contestable. Cf. Mazeaud I., éd. 1966, n° 931 et Marty et Raynaud, t. I, n° 690). Dans l'optique de l'arrêt, le lien de parenté n'est pas nécessaire mais cet arrêt se situe au terme de la période envisagée.

(32) Comp. Crim. 8 juillet 1936, Lescouvré 1er pres., Milliou c/ dame Marcet, G.P. 1936.2.632, D.H. 1936.525.

(33) a) Chambre Criminelle. Crim. 13 février 1937, Frater c/ Rossé, D.P. 1938.1.5, 2e espèce préc. invite la cour d'appel à préciser si l'assistance était ou non aléatoire et précaire (motif peu explicite). Crim. 13 février 1937, Cabassut c/ Bourret, D.P. 1938.1.5, 3e espèce préc. : manque de base légale car la « filiation naturelle... n'est pas légalement établie ». Crim. 8 avril 1938, Dlle Allemand es-qualité, G.P. 1938.2.69, exige que les subsides résultent d'une obligation civile (« pour continus qu'aient pu être les subsides... ils étaient cependant fournis bénévolement »).

(34) Chambre Civile, 22 février 1944, Vogel c/ dame Philippe es-qual., D. 1945.J.293, note Flour, arrêt de rejet (Riom, 7 déc. 1938 préc, s'était placé sur le plan de la certitude) par substitution de motifs : « il suffit de relever que... l'enfant n'était pas un ayant-droit de G... et qu'il ne pouvait exiger la continuation de prestations bénévoles ».

126. — Mais au terme de cette période, la résistance de certaines juridictions du fond (35), l'évolution des idées et l'élaboration de la loi du 15 juillet 1955, incitent la Cour de Cassation à atténuer sa rigueur. Aussi, le 2 octobre 1952, la Chambre Civile amorce-t-elle un revirement (36). D'une part, sans modifier les principes, cet arrêt accentue l'allusion à la précarité, partant, à l'incertitude du préjudice (37). D'autre part et surtout, il suggère discrètement à la juridiction de renvoi d'invoquer la novation de l'obligation naturelle en obligation civile un peu à la manière d'un conseil juridique exposant un subterfuge pour échapper à une disposition gênante. De fait, la Cour relève « qu'il ne résulte pas des constatations de l'arrêt qu'au jour de l'accident, l'obligation naturelle du père adultérin de fournir des aliments à son enfant ait été transformée en une obligation civile, ni que l'enfant fût en droit de réclamer des aliments » (38). L'on s'écarte donc bien des arrêts Méténier et Cabassut puisque le conseiller Roux rejetait dans son rapport l'idée d'une novation ou d'une séduction dolosive (39).

Le subterfuge se généralise et devient rapidement une clause de style. Afin d'éviter que le débat ne soit artificiellement déplacé

(35) a) Solutions contraires à la jurisprudence de la Cour Suprême : T. Civ. Gannat, 25 mai 1937 préc. (Espèce originale : adultérin a matre et désavoué par le mari ; la mère et le père véritable allaient se marier or, ce dernier « avait l'obligation, au moins morale, de reconnaître et légitimer l'enfant »). Rabat, 3 juillet 1945 inédit : « pas nécessaire qu'un lien juridique soit établi... lorsque le préjudice est réel et justifié » (Cassé par Civ. 21 oct. 1952). Douai, 10 décembre 1953, 4e ch., Scheriff c/ Sausen, D. 1954.176, J.C.P. 1954.2.7961, note H. Mazeaud (sol. impl. : L'arrêt répond pratiquement aux mineurs qui ont perdu leur mère qu'elle vivait des « largesses » de son concubin, leur père adultérin de fait, et qu'ils continueront à en vivre).

b) Conformes à celle-ci : T. Corr. Avignon, 15 novembre 1938, Mery c/ dame Barrois, D.H. 1939.46 (mais le demandeur invoquait 762 C. Civ. et non 1382) ; T. Civ. Villefranche, 25 février 1948 préc. (« aucun lien juridique » mais, surtout, enfant adultérin a matre en fait mais non désavoué par le mari).

(36) Civ. 21 octobre 1952, Picard 1er pres., Ben M'Bark c/ Dlle Orsoni, J.C.P. 1953.2.7592, note Rodière, D. 1952.793, G.P. 1952.2.375.

Contra : Selon l'opinion généralement admise, cet arrêt « exprime de façon croissante l'autorité de l'arrêt Méténier » (Rodière, note préc. IV). Flour, cours doctorat préc. et Cours Lic. 2 préc. 1964-65, p. 627 ; Mazeaud-Tunc, t. I, éd. 1965, p. 390, n° 288, note 1.

(37) La Chambre Civile casse Rabat, 3 juillet 1945 préc. en usant d'une motivation moins énergique que dans l'arrêt de 1944 : « La *seule* circonstance du versement de prestations, bénévoles et précaires, par le père à son enfant adultérin, n'était pas susceptible de créer entre eux un lien de droit pouvant s'affirmer par l'exercice, contre l'auteur du dommage, d'une action en responsabilité ». D'autres circonstances le pourraient-elles par a contrario ?

(38) Cette suggestion fut suivie par la Cour de renvoi. Rabat, 12 novembre 1954 (autrement composée), D. 1954.777. Le défunt « était devenu débiteur d'aliments. Il n'est pas douteux que si, après un tel comportement, il avait abandonné son fils, il aurait été condamné à lui servir une pension alimentaire ».

(39) Rapp. préc. S. 1937.1.153.

sur le problème de la preuve de la novation (40), la Chambre Criminelle, par un arrêt de rejet en date du 6 juillet 1955, reprend purement et simplement sa jurisprudence antérieure à 1937 (41) : critère de l'atteinte à une situation de fait non illégitime, ou, du moins, moins illégitime que ne le sont les agissements du prévenu (meurtrier, avorteur, etc.).

127. — Ainsi, se vérifie notre analyse, du moins dans sa première branche. De 1937 à 1954 environ, les diverses chambres de la Cour de Cassation exigent, lorsque le demandeur n'est pas juridiquement le conjoint, le parent ou l'allié du défunt qu'il justifie de l'atteinte à une créance alimentaire civile et d'ores et déjà exigible. Le fondement de cette discrimination est prétorien et illogique. Il se rattache tant aux souvenirs de l'action criminelle privée qu'à l'idée selon laquelle la légitimité de la situation de fait est douteuse. C'est pourquoi, au terme de la période envisagée, s'amorcent des divergences de jurisprudence entre la Chambre Civile et la Chambre Criminelle, à l'occasion de l'union libre et de la fiancée (sic) plutôt qu'à l'occasion de l'enfant de fait, le courant législatif lui étant si favorable.

Nous allons voir maintenant, que la jurisprudence persiste à se contenter de l'atteinte à une simple situation de fait dans l'hypothèse d'un demandeur, parent ou allié de la victime.

B - *De la persistance et des progrès du libéralisme au sein de la famille légale.*

128. — Ce critère de la parenté est évoqué de façon allusive par certains arrêts (1). Il est affirmé sans ambages par la *Chambre des Requêtes* le 9 juin 1941 à propos d'une sœur de la victime : « Attendu que, si *l'action en indemnité* prévue par l'article 1382 C. Civ. *appartient à tous ceux qu'un lien de parenté ou d'alliance unissait à la victime* du fait dommageable, *encore faut-il qu'il soit établi qu'un préjudice matériel* ou moral *a été éprouvé*

(40) P. ex. Bordeaux, 28 octobre 1954 préc. : Le tiers peut-il ou non exiger une preuve écrite de la novation ?

(41) Crim. 6 juillet 1955, rej. pourvoi contre Bordeaux, 28 octobre 1954, Battestini pres., Dublanc c/ Gonthier, G.P. 1955.2.159. Au vu de ses constatations (15 ans de vie maritale entre mère naturelle et père de fait. possession d'état d'enfant du défunt : le défunt « avait l'intention de persévérer dans son attitude ») et « abstraction faite de tous motifs surabondants » (c'est-à-dire l'allusion à une obligation civile)... « La Cour d'Appel a pu admettre l'existence d'un préjudice, tant matériel que moral résultant directement du délit... ». Comp. avant 1937, *supra*, n°s 87 et 93 spécialement Crim. 10 janvier 1929 préc., D. 1929.1.40 (n° 93, note 11).

(1) Cf. Formules de Crim. 13 février 1937 Cabassut (fils de fait, *supra* n° 125, note 33 ; Civ. 22 février 1944, dame Philippe es-qual. préc. (« pas un ayant-droit ») ; Civ. 21 octobre 1952, Ben M'Bark préc. (...« créer entre eux un lien de droit ») ; Crim. 16 mars 1950, Keck, S. 1950.1.182 préc. etc...

par celui qui en demande réparation » (2). La gratuité de cet attendu de principe le rend encore plus siginificatif car, en l'espèce, il n'y avait aucun préjudice certain. Depuis le décès de son frère, la demoiselle Maréchal « continuait à vivre au sein de sa famille dans les mêmes conditions qu'avant l'accident, sous la seule réserve d'un train de vie moins opulent dû aux mauvaises affaires des établissements industriels » familiaux et sans rapport direct avec l'accident.

La *Chambre Criminelle* maintient son libéralisme antérieur à 1937 lorsque le demandeur est un « ayant droit » : « *L'article 1382* du Code Civil *ne limite en rien* ni la nature du fait dommageable, ni la nature du dommage éprouvé, ni *la nature du lien qui doit unir,* en cas de décès, *la victime* du fait *avec celui de ses ayants droit* qui en demanderait la réparation » A comparer cet arrêt Bercot du 2 mai 1952 rendu à propos de frères et sœurs (3) aux arrêts Ben M'Bark (4), Keck (5) rendus à la même époque, à l'occasion d'actions intentées par des enfants de fait ou des fiancées, il est évident que la jurisprudence Caderousse-Grammont (6) — contrairement à l'opinion couramment enseignée — a toujours été appliquée aux « ayants droit ». Cette impropriété terminologique désigne « La Famille », en dehors même de toute succession aux droits du défunt. Ceci est donc très symptomatique de la nature profonde du préjudice réfléchi.

Certains auteurs voient dans la jurisprudence citée une simple tendance divergente justifiant quelques hésitations quant à la portée de l'exigence de l'atteinte à un droit muni d'action (7). En fait, il s'agit d'une jurisprudence différente de la précédente et beaucoup plus importante par son domaine d'application pratique. Lorsque le demandeur est juridiquement (8) le conjoint, le

(2) Req. 9 juin 1941, Castets f. f. près., dlle Maréchal c/ STC. Reg. Parisienne, D.A. 1941.J.277. Il est remarquable que le pourvoi n'ait même pas été transmis à la Ch. Civile.

(3) Crim. 2 mai 1952, Lecour f. f. pres., Bercot, J.C.P. 1953.2.7354, note A.C. (à propos des frères et sœurs).

Adde : Crim. 7 juin 1952, Longar c/ Midy, J.C.P. 1952.2.7074, ,rapp. Brouchot. « *Toute personne* est recevable à réclamer réparation du préjudice résultant pour elle d'un délit prévu par la loi pénale » (à propos du mari et des enfants mineurs d'une avortée décédée).

Adde : Chambre Civile sect. civile, 23 décembre 1947, Vve Moreau c/ Bernard, G.P. 1948.1.108, J.C.P. 1948.2.4304, note Savatier, D. 1948.112 : « *Toute personne* victime d'un dommage, *quelle qu'en soit la nature,* a droit à en obtenir réparation » (à propos d'une veuve en instance de divorce).

(4) Civ. 21 octobre 1952 préc. *supra,* n° 126, notes 36 et s.

(5) Crim. 16 mars 1950 préc. *supra,* n° 122, note 19.

(6) Crim. 20 février 1863 préc., *supra,* n° 68, note 3.

(7) Comp. Flour, note préc., D. 1945.293.I.D et Cours Lic. 2 1964-65 préc., p. 627, 2e alinéa.

(8) Peu importe la réalité biologique de la parenté. Le tiers responsable serait mal venu à prétendre « désavouer » l'enfant légitime de la victime immédiate (T. Corr. Seine, 17e ch., 6 juillet 1949, David c/ Schlesinger, G.P. 1950.1.144).

parent ou l'allié du défunt, l'examen du juge du fond se limite à l'existence du dommage matériel réfléchi.

Le critère du dommage n'est donc même pas l'atteinte à un lien de droit non muni d'action, puisque, d'une part, le lien de parenté ou d'alliance n'entraîne, en principe, aucune créance alimentaire et que, d'autre part, la jurisprudence tient compte de la perte d'une chance même infime, voire même de l'atteinte à un intérêt illégitime lorsque le demandeur est un proche parent titulaire d'une créance alimentaire éventuelle. L'étude des espèces concrètes soumises à l'appréciation des tribunaux le confirme.

129. — Lorsque l'action est intentée par des parents ou des alliés sans créance légale alimentaire, dire que le dommage résulte de l'atteinte à un « lien de droit » est foncièrement inexact. Les effets attachés à ce « lien de droit » n'ont aucun rapport direct avec le problème des subsides donc avec le dommage qui résulte de leur interruption. A la vérité, ce lien familial garantit (9) uniquement la légitimité de l'assistance bénévole. Seule importe donc la certitude du dommage. Tel est le sens de l'arrêt demoiselle Maréchal, rendu par la Chambre des Requêtes le 9 juin 1941 et de l'arrêt Bercot rendu par la Chambre Criminelle le 2 mai 1952.

Lorsque le demandeur est un créancier naturel d'aliments, telle une sœur (10), l'opposition avec la jurisprudence relative à la concubine ou à l'enfant de fait est flagrante. Elle l'est plus encore lorsque le demandeur n'est pas même titulaire d'une obligation naturelle : parâtre (11), par exemple. La portée des arrêts est

(9) *Contra* : Douai, 4 novembre 1938 préc., S. 1939.2.86 (concubine et belle-sœur).

(10) a) Les arrêts les plus significatifs visent expressément le préjudice *matériel* réfléchi. Req. 9 juin 1941, Maréchal préc. : pas de dommage en fait car son « train de vie moins opulent est dû aux mauvaises affaires des établissements industriels » de sa famille et non au décès de son frère) ; Crim. 2 mai 1952, Bercot préc. (Le pourvoi invoquait l'absence « d'action contre leur frère décédé, à titre alimentaire ou autre ») ; Douai, 10 décembre 1953, 4e ch., Scheriff c/ Sausen, D. 1954.176, J.C.P. 1954.2.7961, note H. Mazeaud (à vrai dire, il semble s'agir, en l'espèce, de frais résultant du décès).

b) Formules très libérales et générales mais plutôt à propos du préjudice d'affection (T. Civ. Meaux, 31 mars 1939, Boyer c/ Delorme, G.P. 1939.2.173 sous-note ; T. Civ. de Lannion, 28 février 1939, Le Guern c/ Henry, D. 1940.2.9, note Savatier).

c) Comp. périodes précédentes : *supra*, n° 75 et n° 86. Les espèces répertoriées n'étaient pas plus fréquentes. Il n'y a donc aucun recul jurisprudentiel.

(11) Colmar, 28 octobre 1952, Rev. Als. Lorr. 1953.119, G.P. 1953.1, Tables Som. V° resp., nos 11 et s. (beau-fils pour décès de son parâtre : l'arrêt relève l'existence d'une « communauté familiale »). Req. 30 avril 1940, Pilon pres., Soly c/ Ch fer P.O., G.P. 1940.2.37, D.A. 1941, Som. 4 (cf *infra*, note 18, perte d'une chance d'être assisté ou institué légataire par sa marâtre, si elle avait survécu, puisque, selon le demandeur, cette der-

d'autant plus frappante que. comme nous l'avons exposé, l'arrêt demoiselle Maréchal fut rendu à l'occasion d'un préjudice hypothétique, ce qui donne un caractère en quelque sorte gratuit à sa motivation.

130. — Lorsque l'action est intentée par des créanciers légaux d'aliments, le droit positif n'est nullement restrictif. Les solutions acquises ne sont pas remises en cause. Le principe de l'action n'est jamais contesté. Les espèces sont répertoriées à l'occasion d'autres difficultés : opposabilité de la faute de la victime (12), multiplicité des demandeurs (13), etc .. En fait, le débat est placé désormais sur le plan de la certitude et de l'évaluation du dommage allégué. Le droit à pension ne joue qu'un rôle probatoire (14). En principe. le juge du fait est souverain mais diverses orientations du droit positif méritent cependant d'être signalées.

En premier lieu, la possibilité de « compenser » (sic) arbitrairement le préjudice d'affection, se traduit par une appréciation parfois rigide des caractères direct et certain. Sur le plan causal, la Chambre Criminelle exclut alors le dommage qui résulte de l'inutilité des frais d'éducation exposés par les parents d'un mineur décédé (15). Les juges du fond apprécient avec plus de bon sens que par le passé la perte d'un espoir d'aide par un fils mineur (16).

nière était sentimentalement plus attachée à la famille de son conjoint qu'à la sienne propre). Période précédente : voy. *supra*, n° 88 in fine, note 9.

(12) Civ. 2e, 28 octobre 1954, Dumas c/ Vve Vai, J.C.P. 1955.2.8539, note Rodière (père et mari décédé par suite d'une ivrognerie habituelle et d'un mélange nocif à base d'alcool méthylique servi par le cafetier défendeur).

(13) Limoges, 27 février 1950, Chauvin préc., S. 1951.2.81 (mère âgée) ; Paris, 11 décembre 1952, J.C.P. 1953.2.7650, note de Juglart (mineurs à propos d'une difficulté de droit aérien) ; Douai, 10 décembre 1953, Scheriff préc. ; T. Civ. de Lannion, 28 février 1939, Le Guern préc. (mère partiellement à la charge du défunt).

(14) Les solutions concrètes sont assez voisines, en fait, de celles du Conseil d'Etat (p. ex. rente jusqu'à 25 ans pour un descendant de la victime ; Req. 21 octobre 1942, Corjou c/ Beaubois, G.P. 1943.1.16). Les évaluations restent cependant plus généreuses.

(15) Crim. 8 juillet 1936, arrêt de cassation, Lescouvré 1er pres., Million c/ dame Marcet, D.H. 1936.525 : « ... les sommes dépensées antérieurement pour l'éducation, l'entretien et l'instruction de L.B. ... ne peuvent être considérées comme constituant un élément de préjudice résultant directement du délit ». (casse un arrêt de Lyon, 24 janvier 1934. Revirement par rapport à Crim. 3 janvier 1914 B., n° 7, cf. *supra*, n° 84, note 18) ; Civ. 1re, 8 juillet 1954, Radier c/ Soc. « Lou Camel », B.C. 1954.1, n° 238, p. 203, fréquemment cité, est peu significatif sur ce point (arrêt de rejet).

Contra : Req. 20 novembre 1939, La Foncière c/ Valarcher, D.H. 1940.77 (Pouvoir souverain des juges du fait et indemnisation en l'espèce).

(16) P. ex. : Soutien des vieux jours des parents et des grands parents selon Montpellier, 28 octobre 1938 (sur pourvoi : Req. 20 novembre 1939 préc., note 15).

En second lieu, les juges du fond sont mieux familiarisés avec la possibilité de « doser » la probabilité d'une chance perdue. C'est ainsi que la Chambre Sociale rejette le 21 novembre 1940 un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Aix qui avait indemnisé une épouse séparée de fait en relevant que le décès du conjoint l'avait « privée d'un appui sur lequel elle pouvait légitimement compter » (17). De même la Chambre des Requêtes admet que l'on tienne compte de la perte d'une chance d'obtenir la succession d'une personne déterminée (marâtre) par l'intermédiaire de la succession d'un père (18). Emanant d'un « ayant droit » du défunt ce véritable « *votum mortis* » ne choque point les juges. Toujours est-il que l'on est bien loin d'exiger l'atteinte à un droit muni d'action. L'on est donc ici aux antipodes de la jurisprudence Rucheton : perte d'une simple expectative.

Bien plus, la Chambre Civile semble, pour sa part, interdire aux juges du fond d'opérer une cote mal taillée lorsque la mise en œuvre de l'obligation alimentaire était éventuelle. Elle relève, en effet, à l'occasion d'une demande formée par une veuve en instance de divorce lors de l'accident, que cette « circonstance n'est pas de nature à exercer une influence sur le principe et l'*étendue* du droit à réparation » (19). Cette affirmation est bien contesta-

Contra : Préjudice matériel éventuel selon Paris, 26 octobre 1945, 1re ch., Bellot c/ Marquer, G.P. 1945.2.196, D. 1946.121 (« secours que B. aurait pu apporter à ses parents est tout à fait éventuel... ») ; Montpellier, 7 novembre 1949 (sur pourvoi : Civ. 9 juillet 1954 préc., note 15), mais le défunt, étudiant et marié, était à la charge des demandeurs, très riches ; Nancy, 23 novembre 1949, Rec. Nancy, 1950.31 (décès d'une jeune fille). Comp. *supra*, n° 73, notes 16 à 24 et n° 84, notes 12 à 17.

(17) Soc. 21 novembre 1940, Milano c/ Vve Héritier, D.A. 1941.13, G.P. 1941.1.28 (séparée de fait, aucune assistance reçue). Rejet du pourvoi contre Aix, 20 janvier 1939 et indemnisation de ce préjudice futur mais certain selon la Ch. Sociale (« ... la mort de H. affectait, dès le moment où elle s'est produite, l'avenir de sa femme »).

Comp. T. Corr. Arlon, 26 novembre 1937, Balzanetti c/ Genet, Rev. Gen. Ass. Resp. (belge) 1938.2659 : Estimation « ex aequo et bono » (subsides occasionnels).

(18) Req. 30 avril 1940, Soly préc., note 11. Préjudice résultant du fait que son père n'avait pas survécu à sa femme qui l'avait institué légataire universel semble-t-il. « La Cour d'Appel ayant admis que réparation était due à S. pour le préjudice résultant... de la perte de la chance qu'il avait de bénéficier, comme héritier de son père, de la succession de la dame S., il lui appartenait d'apprécier souverainement l'importance de ce préjudice ». (Le pourvoi qualifiait l'indemnité de « *partie infime de la réparation* intégrale »).

(19) Civ. 23 décembre 1947, Vve Moreau c/ Bernard, précité, note 3. Limoges, 24 mars 1941 refuse la réparation (divorce demandé pour motifs graves à l'encontre du défunt mais sans solliciter de pension). Cassation . Cette « circonstance n'est pas de nature à exercer une influence sur le principe et l'étendue du droit à réparation de sa veuve ; celle-ci, encore dans les liens du mariage, conservait tous les droits attachés à sa qualité de conjoint, sans qu'on puisse interpréter son action en divorce comme une renonciation à ses créances alimentaires. La Cour d'Appel a préjugé des suites... ». Cet arrêt semble critiquable dans la mesure où il considère

ble. En fait, la modicité de certaines indemnités démontre que l'évaluation à laquelle procède le juge du fait tient compte du degré de probabilité d'une assistance effective (19 bis).

L'on relève enfin que la Chambre Criminelle se contente parfois de l'atteinte à un intérêt illégitime. C'est notamment le cas de l'action civile formée par les proches d'une jeune femme victime de manœuvres abortives pratiquées par un tiers. Le 7 juin 1952, l'arrêt Longar casse une décision de la Cour de Paris qui avait opposé aux demandeurs que leur « action trouvait sa source dans une infraction à la loi pénale » (20). Cette « prétendue fin de non recevoir ne saurait être opposée à un demandeur qui se présente en son nom propre » (21). Peut-être faudrait-il ajouter : surtout lorsque l'infraction commise par le défendeur est plus odieuse, infiniment plus (21 bis) ?

131. — Ainsi se vérifie la formule employée pour dépeindre cette troisième phase du droit positif : la tentation de l'arbitraire prétorien.

D'une part, en effet, les critères jurisprudentiels sont variés et contradictoires. Leur multiplicité ne comporte aucune justification logique. C'est ainsi que le juge administratif adopte pour critère du dommage réparable l'atteinte à un droit subjectif muni d'action, ce qui le conduit à exclure la concubine, l'enfant majeur assisté, etc... Mais, du moins, le critère adopté par le droit public est-il homogène. Pour sa part, la Cour de Cassation adopte deux critères différents selon que le demandeur est ou non apparenté légalement au défunt. Dans le premier cas, le critère du dommage réparable réside comme par le passé dans l'atteinte à un intérêt certain et légitime (voire moins illégitime que celui du défendeur : cas de l'avortement). Sociologiquement, le domaine du libéralisme englobe l'immense majorité des cas de certitude du dommage, notamment tous les parents assistés en fait ou

que « l'étendue » du droit n'est pas affecté. Toutefois, il est exact que la discrétion de bon aloi de la demanderesse sur le problème de la pension lors de son assignation en divorce ne doit pas bénéficier au tiers responsable du décès.

19 bis) Nancy, 18 février 1949, Rec. Nancy 1949.45 (épouse séparée de fait et en instance de divorce — *100.000 A. Frs* d'indemnité soit à peine 18 mois de salaires du mari décédé) ; T. Civ. Rouen, 8 novembre 1954 préc., G.P. 1955.1.199 (concubine - fiancée - mariée in extremis - veuve - remariée avec un tiers, etc...) *50.000 A. Frs* d'indemnité, cf. *supra*, n° 120, note 12.

(20) Paris, 30 juin 1951, G.P. 1951.2.90.

(21) Crim. 7 juin 1952, Longar c/ Midy préc., note 3, J.C.P. 1952.2.7074, rapp. Brouchot et sur renvoi : Amiens, 4 décembre 1952, J.C.P. 1953.2.7586, note Colombini. Adde : T. Corr. Seine, 6 avril 1955, Bariant, G.P. 1955.1.432. Question liée, par ailleurs, au problème de l'opposabilité de la faute de la victime immédiate.

(21 bis) Cf. *supra*, n° 11, note 4 : 4° système concevable ?

jouissant d'une chance de l'être. Dans le second cas, la Cour de Cassation exige l'atteinte à un droit subjectif muni d'action. Statistiquement, le domaine de ce second critère est très limité. Il exclut relativement peu de dommages vraiment certains. Il affecte toutefois l'indemnisation de la concubine et de l'enfant de fait (une fiancée ne reçoit pas « normalement » des subsides), membres de la domus du défunt, ce qui peut choquer la conscience moderne.

D'autre part, au terme de cette période, la tentation de l'arbitraire cède à l'idée morale d'une responsabilité civile — institution de garantie : Le Conseil d'Etat tient compte de la perte d'un droit alimentaire non muni d'action, sous le couvert des « troubles dans les conditions d'existence ». La Cour de Cassation et les juges du fond, confrontés à des espèces douloureuses, ne parviennent à concilier leurs sympathies envers la victime (La malheureuse dame X...) et leurs inimitiés envers des abstractions (« La » concubine, « le » bâtard) que par des subterfuges bien artificiels (novation d'une obligation naturelle, concubine-fiancée, etc...) destinés à voiler le dualisme des critères. L'habileté de la motivation permet à nouveau (22) d'échapper au contrôle de la Cour de Cassation.

132. — La jurisprudence « se cherche ». Seul le cas de la concubine fait obstacle à l'adoption du critère libéral de l'atteinte à un intérêt légitime, à l'imitation de la jurisprudence de la Cour de Cassation belge dont la simplicité contrastait depuis 1939 avec le dualisme de la jurisprudence française (23). D'une part, « l'article 1382 ne subordonne pas à l'existence d'un droit *muni d'action,* à l'encontre de la personne qui lui procurait l'avantage dont le fait illicite le prive, l'obligation de réparer le dommage » mais « cette circonstance peut influencer la décision du juge du fond sur le caractère certain du dommage et sur le montant de celui-ci ». D'autre part, l'article 1382 n'oblige pas à réparer la « privation d'un avantage illégitime », notion très compréhensive qui assure une police de la moralité des actions en responsabilité civile (24).

(22) Comp. d'une part Rabat, 3 juillet 1945, Civ. Cassation, 21 octobre 1952, Rabat, 12 novmebre 1954 (enfant de fait : Ben M'Bark préc., n° 126), et les anomalies signalées *supra,* n°s 98 et s. propos de la concubine.

(23) Cass. Belgique, 16 janvier 1939, 2e ch., Gémis c/ Bury, Rev. Gen. Ass. Resp. belge, 1939.2002, note Fonteyne, Pas. 1939.1.25). Espèce : décès d'une sœur « tendrement aimée » avec qui cohabitait la victime par ricochet.

(24) P. ex. le préjudice réfléchi qui résulte de la privation des revenus du travail d'un enfant mineur est illégitime comme contraire à l'article 387 C. Civ. (Cass. belge, 2e ch., 19 octobre 1937, Dobbelacre c/ V.E., Pas. Belge 1937.1.298, note L.C. Casse Gand, 19 avril 1937).

L'on pressent toutefois que les diverses juridictions procéderont à cette « révision » de leur jurisprudence selon leurs styles propres : audace du juge administratif, pragmatisme et souci de la répression du juge pénal (25), souci du « revêtement juridique » chez le juge judiciaire civil (26).

(25) Crim. 7 juin 1952 préc., J.C.P. 1952.2.7074.

(26) Comp formule utilisée par Paris, 5 juillet 1954, SARL « Vin et Cie » c/ SACEM, D. 1954.706, obs. Hébraud, Rev. Tr. Dr. Civ. 1955.150. « ... La reconnaissance et la protection d'un intérêt ne sont assurés que s'il repose sur le droit et présente un caractère non seulement pécuniaire mais d'ordre juridique ». (à propos de l'intérêt à agir en déclaration de nullité d'une société).

SECTION IV

DU RETOUR AU DROIT COMMUN : LE CRITERE DE L'ATTEINTE A UN INTERET CERTAIN ET LEGITIME

« Ces sortes d'actions en responsabilité civile offrent un caractère particulièrement délicat... Les magistrats auront le même pouvoir d'appréciation discrétionnaire qui leur appartient toujours en ces sortes d'affaires ».

DEMOLOMBE (1).

Au cours des dernières années, l'Evolution annoncée (2) semble s'achever. Nos diverses juridictions adoptent avec des nuances une notion unitaire du dommage réparable : Atteinte à un intérêt certain et légitime qui résulte directement d'un fait générateur de responsabilité. L'analyse du droit positif révèle cet alignement sur un critère unitaire et libéral et permet ainsi de résumer l'état actuel d'un droit positif composé de diverses strates historiques. Un examen doctrinal nous permettra ensuite de dégager une notion générale du dommage matériel

§ 1. — ANALYSE DU DROIT POSITIF CONTEMPORAIN QUANT AU PREJUDICE REFLECHI.

I. - *Principe : Le critère de l'intérêt légitime.*

En dépit des formules des arrêts voire des analyses de leurs rapporteurs, les solutions concrètes témoignent d'une unité de critère dont la doctrine ne semble pas avoir une claire conscience

(1) DEMOLOMBE, Cours, éd. 1882, t. 31, n° 673, p. 577 et n° 676, p. 580.
(2) Cf. *supra*, n°s 48 à 51.

à l'heure actuelle (3). Le Conseil d'Etat abandonne entièrement l'archaïque jurisprudence Rucheton. Les diverses chambres de la Cour de Cassation se détournent du critère du droit muni d'action (même en l'absence de tout lien de parenté). La Chambre Civile, même lorsqu'elle reprend la formule de l'arrêt Méténier, ne vise que l'absence d'un intérêt digne d'être juridiquement protégé par le juge, créateur de Droit objectif. La Chambre Civile rejoint ainsi la Chambre Criminelle au niveau des principes. Les discordances ne portent plus guère que sur l'appréciation de la légitimité d'une situation concrète, celle de la concubine

A - *Responsabilité de la Puissance Publique.*

133. — Au terme de la période précédente, les arrêts Thomas et Bérenger (4) témoignaient d'un certain libéralisme, mais la nécessité de l'atteinte à un droit subjectif subsistait quant à la recevabilité du recours. Cette règle, héritée de l'Histoire du Contentieux, est abandonnée le 25 janvier 1952 par l'arrêt Simon à l'occasion de l'action intentée par le frère de la victime immédiate : « La responsabilité de la puissance publique *peut être engagée* en raison du préjudice matériel causé à un tiers par le décès ou l'invalidité de la victime d'un fait dommageable imputable à l'Administration, *alors même que la victime n'avait pas d'obligation alimentaire envers l'intéressé* » (5). La portée du revirement fut précisée par des arrêts subséquents. D'une part, s'il n'est plus nécessaire de justifier d'un lien de droit pour la recevabilité du recours, cette circonstance reste utile pour son succès au fond. D'autre part, l'intérêt lésé doit être légitime.

134. — En premier lieu, la justification de la lésion d'un droit subjectif n'est plus exigée pour la recevabilité du recours (6). Le

(3) M. Combaldieu (rapp. devant Crim. 20 janvier 1966, D. 1966, p. 186, col. 1 in fine et col. 2) croit à l'existence actuelle de trois critères (sans distinguer, semble-t-il, le dommage matériel réfléchi du préjudice d'affection).

b) Cf. note Dupichot préc., J.C.P. 1968.2.15510 (III. B. 1°, spécialement C où sont cités des arrêts de la Chambre Civile qui, sans avoir fait l'objet de commentaires doctrinaux, semblent cependant présupposer l'abandon du critère du droit muni d'action, du moins à l'occasion d'enfants de fait ou bien encore de parents légaux qui ne le devinrent qu'après l'accident). Cf. *infra*, n° 139 et le premier arrêt Pedron de 1964 (Comp. doctrine et arrêts cités *infra* 139, notes 13, 14, 17, par exemple, et *supra*, 118, note 1).

(4) Cf. *supra*, n° 108 et notes 35 à 37.

(5) C.E. 25 janvier 1952, Rouchon-Mazerat pres., concl. Gazier, sieur Simon, Rec. 60, S. 1953.3.56, D. 1952.549, note Morange.

(6) Comp. Chapus, n° 469 B. 1er alinéa et cf. *supra*, n° 103 et notes 13 à 19.

juge administratif procède directement à un examen du fond quelle que soit la nature du lien unissant la victime immédiate au requérant : lien de parenté n'emportant pas d'obligation alimentaire légale (7), adoption de fait (8), subsides purement bénévoles versés par un tiers au défunt (9).

Toutefois, l'abandon de la jurisprudence Rucheton n'emporte que des conséquences pratiques limitées. Faute de tout lien alimentaire, le préjudice est généralement éventuel (10). En revanche, au cas de décès d'un débiteur alimentaire, le Conseil d'Etat indemnise désormais la simple perte d'une chance d'obtenir une pension : Tel est le cas, notamment, pour un conjoint séparé de fait (11), ou un veuf très consolable (12). En revanche, reste éventuel, sauf circonstances spéciales, le préjudice qui résulte de la perte d'un espoir d'assistance invoqué par des parents aisés ou dans la force de l'âge (13).

Par ailleurs, la notion de « troubles dans les conditions d'existence » continue à dissimuler certains préjudices de nature patrimoniale (14) : perte de toute sa famille (15), d'un frère qui

(7) C.E. 25 janvier 1952, sieur Simon préc. (frère) ; C.E. 25 janvier 1952, Consorts Lassale-Barrère, Rec. 60 (sœur) ; C.E., 16 mai 1952, E.D.F. et Cie « L'Urbaine et la Seine », Rec. 263 (sœurs).

(8) C.E. 13 juillet 1956, Ministre des P.T.T., Rec. 353 : « *orphelin recueilli* à l'âge de 3 ans » par les époux B. Décès de la mère adoptive de fait (« troubles » évalués à 100.000 A. Frs seulement). Adde : C.E. 31 mars 1952, Rec. Somm. 829 ; C.E. 18 novembre 1960, Rec. 640 ; C.E. 14 octobre 1959, Ben Belgacem, R.D.P. 1960, p. 174. b. (Décès d'un fils adoptif. Mais en l'espèce, adoption selon une législation étrangère : adoption coutumière tunisienne). Comp. Crim. 2 mai 1929 préc., n° 97, note 11.

(9) C.E. 5 juillet 1952, dame Pettigrew, Rec. 365. — La veuve P. a perdu son mari qui recevait régulièrement une pension assurée bénévolement par un tiers — : « ...Quel que soit le caractère de ces ressources, la dame P. a droit à réparation du préjudice ainsi subi ».

(10) P. ex. C.E. 25 janvier 1952, Simon, et Lassalle-Barrère préc. (2 arrêts).

(11) C.E. 19 mai 1961, Entreprise de T.P. Daniel, G.P. 1961.2.207, R.D.P. 1961, p. 1296 : « ...Cette circonstance n'était pas par elle-même et en l'absence de toute modification du lien juridique entre les époux, de nature à priver la veuve de la victime du droit d'obtenir réparation du préjudice par elle subi en raison de la perte de la part des revenus du ménage qu'elle *pouvait réclamer* pour son entretien ».

(12) C.E. 13 juillet 1956 préc. sur l'action du mari (remarié un an après l'accident) qui invoquait le « dommage subi dans l'exercice de son activité commerciale » (sic) ; C.E. 28 juillet 1951, Lennevère, Rec. 472 (veuve remariée).

(13) C.E. 22 juin 1960, époux Quinot, R.D.P. 1961, p. 355 (... « n'étaient pas à la charge de leur fils... préjudice éventuel »).

(14) En ce sens, Waline, obs R.D.P. 1958, p. 1078, VI. B.

(15) C.E. 29 octobre 1954, Rec. 565 (2.000.000 A. Frs pour un homme seul dans l'existence mais apte à lutter). Somme supérieure à ce qui est accordé à de jeunes enfants naturels reconnus pour la perte de leur père au titre des troubles : C.E. 21 octobre 1955, Rec. 495 (330.000 A. Frs). Adde : C.E. 13 juin 1958, Veuve Polin, R.D.P. 1958, p. 1078 et s. ; 14 octobre 1959, Ben Belgacem préc. ; 6 mai 1964, sieur Garabedian, R.D.P. 1964, p. 1044, n° 3 ; 24 juin 1964, Comm. Plonissy, R.D.P. 1964, p. 1044, n° 4.

collaborait à l'exploitation agricole de l'une de ses sœurs et subvenait aux besoins d'une seconde sœur aveugle (16).

135. — En second lieu, le dommage allégué doit être licite, voire légitime. Est écartée toute action qui trouve sa source dans l'atteinte à une situation illicite ou simplement contraire aux fondements économiques, sociaux ou moraux de notre Société. Plus indépendants que leurs homologues judiciaires devant un choix politique au sens noble du terme (17), les magistrats administratifs écartent expressément l'action de la concubine par un arrêt dame Braud rendu le 21 octobre 1955 (18). Le 18 novembre 1960, l'arrêt Savelli précise que c'est l'illégitimité et non l'absence d'un lien de droit qui motive ce rejet. En effet, la même décision indemnise un enfant adopté en fait par la victime immédiate (19). Par ailleurs, le Conseil d'Etat écarte toute requête inélégante (20). En un mot, « le juge condamne au nom d'un Droit supérieur..., notion qui ne saurait être utilisée qu'avec modération » (21).

La Cour de Cassation adopte également le critère de l'intérêt légitime mais l'application qu'elle en fait n'est pas toujours identique à celle de la jurisprudence administrative (22).

B - *Responsabilité privée.*

Les diverses Chambres de la Cour de Cassation se rallient au système de l'intérêt légitime mais des divergences profondes se font jour à l'occasion de la légitimité du préjudice subi par la concubine.

(16) C.E. 16 mai 1952, « L'Urbaine et la Seine » préc. (200.000 A. Frs à l'une et 300.000 A. Frs à l'autre).

(17) P. ex. C.E. 28 mai 1954, Barel, D. 1954.594, note Morange ; C.E. 19 octobre 1962, Canal, Act. Jur. 1962, p. 626. Comp. obs. Rodière, Rev. Tr. Dr. Civ. 1966.85, n° 4, alinéa 1er in fine (« politique civile »).

(18) C.E. Ass. Plén. 21 octobre 1955, dame Braud, Rec. 495, D. 1956.139. Concl. Guionin, note Morange : « ...pas dans une situation juridiquement protégée ; dès lors, elle n'est pas en droit de prétendre à une indemnité... ».

(19) C.E. 18 novembre 1960, sieur Savelli, Rec. 640, R.D.P. 1961, p. 356 et note Waline, p. 1068. L'action du concubin est repoussée par le même motif que celui de l'arrêt dame Braud. Le même arrêt indemnise l'enfant du concubin au motif que : « S'il ne résulte d'aucune pièce du dossier qu'il eût existé un lien de droit entre la jeune Estelle Savelli et la dame Gaminatti, il est constant que celle-ci *tenait lieu de mère* à l'enfant, alors âgée de seize mois ». (En l'espèce, il semble que l'enfant n'était même pas *biologiquement* l'enfant de la défunte dame C.). Le motif de l'exclusion du concubin n'est donc pas l'absence d'un lien de droit. Le motif de l'indemnisation de l'enfant n'est donc pas le « jus sanguinis ».

(20) C.E. 29 juillet 1953, sieur Iliaszezuck, Rec. 429 (père naturel pour le décès d'une fille naturelle mineure qui vivait avec sa mère, dont il n'avait pas la garde et dont il s'était désintéressé).

(21) Morange : « La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative », D. 1953, Chr. p. 27 et s. (p. 32, col. 1).

(22) Au surplus, la loi du 31 décembre 1957 a limité l'importance pratique du contentieux administratif.

1°) *Atteinte à une simple situation de fait.*

136. — La Chambre Criminelle reproduit aujourd'hui les attendus de l'arrêt Caderousse-Grammont de 1863 (1). Ce faisant, la Chambre Criminelle exprime la position actuelle de la Cour de Cassation dans son ensemble (2) : L'atteinte à un simple intérêt est juridiquement suffisante. En effet, des demandeurs qui ne justifient pas d'un lien de droit sont indemnisés. Lorsqu'une indemnité est refusée, le refus se fonde uniquement sur le caractère indirect ou incertain du dommage.

137. — La concubine du défunt ne justifie pas d'un droit subjectif lié au dommage et encore moins d'un droit muni d'action. Or, une longue série de décisions examinent uniquement la certitude du préjudice matériel résultant de l'interruption de la vie commune. La Chambre Criminelle a commencé par faire preuve d'un grand libéralisme envers les « concubines-fiancées » (3) Dès 1958, elle indemnise une dame Godard qui était bien plus une concubine incestueuse qu'une fiancée. En effet, la régularisation eut impliqué une union incestueuse pour alliance au degré prohibé (4).

Depuis 1959 (5), le dommage allégué en tant que concubine est

(1) « L'art. 1382 C. Civ. ...ne formule aucune distinction en ce qui concerne la nature du fait dommageable, la nature du dommage éprouvé et, en cas de décès de la victime, la nature du lien d'où résulterait un préjudice actuel, direct et personnel pour celui qui en demande la réparation... ». (Crim. 20 janvier 1966, Bertrand, D. 1966.184 et s., rapp. Combaldieu, G.P. 1966. 1.279, J.C.P. 1966.IV.31, obs. Rodière, Rev. Tr. Civ. 1966, p. 536, n° 5). Comp. Crim. 20 février 1863. Caderousse Grammont préc., n° 68.

Adde : Crim. 27 mai 1968, J.C.P. 1968.IV.119 et Crim. 1er avril 1968, Changeux, Le quotidien Juridique, 31 octobre 1968, p. 7, J.C.P. 1968.IV.89.

(2) ...un peu comme la prose de M. Jourdain car la confusion des terminologies voile cette unité.

(3) Crim. Rejet 16 décembre 1954, Bossy préc., B. Crim. 1954, n° 412, p. 707 ; Crim. 20 janvier 1959, Soc. Miguet c/ dame Laurent, Rev. Gen. Ass. Terr. 1959.346, note A.B., G.P. 1959.1.210, obs. H. et L. Mazeaud, Rev. Tr. Dr. Civ. 1959, p. 534, n° 10 : L'espèce était originale (« *fiancée et adultère* ») mais favorable. Si la concubine était juridiquement adultère, en fait, elle avait été abandonnée par son mari en 1945 et attendait un jugement déclaratif de décès pour épouser la victime immédiate. Adde : Crim. Cass. 22 novembre 1956 préc. Dlle Maute, G.P. 1957.1.175 (concubine et « associée » de fait).

(4) Crim. 26 juin 1958, Patin pres., Gaillard c/ dame Godard, G.P. 1958. 2.160, obs. H. et L. Mazeaud, Rev. Tr. Dr. Civ., 1958, p. 601. Paris, 20 mai 1957 avait accordé une indemnité. Arrêt de cassation pour insuffisance de motifs (l'arrêt relève : « les constatations de cette nature ne mettent pas nécessairement obstacle à ce que l'intéressée obtienne des réparations civiles »). D'autant plus étrange qu'aucune dispense n'avait été sollicitée (Comp. Paris, 17 février 1961, Gabé c/ Gabé, J.C.P. 1961.2.12020, concl. Nepveu, note R. B. sur la nullité d'une telle union).

(5) Crim. Rejet 24 février 1959, Patin pres. Herbin et autres, J.C.P. 1959. 2.11095, note Pierron, G.P. 1959.1.277, Rev. Gen. Ass. Terr. 1959.346, note A. B., obs. H. et L. Mazeaud, Rev. Tr. Dr. Civ. 1959, p. 534 : Motif de principe

réparé lorsque les constatations des juges du fait en établissent la certitude. Le critère semble résider dans la notion de « communauté d'existence ». Un arrêt de rejet du 28 décembre 1959 semblait impliquer un contrôle de la motivation des juges du fond (6). Mais, l'arrêt dame Changeux rendu le 1er avril 1968 par la Chambre Criminelle est bien plus significatif car il s'agit d'un arrêt de cassation rendu dans une espèce originale (6 bis). La demanderesse était tout à la fois l'ex-épouse divorcée à son profit exclusif et la « concubine » du défunt dont elle avait eu quinze enfants légitimes au cours de 27 années d'union légitime. De 1930 à 1966 seules la mort (et la prison) avaient pu les séparer. Ces circonstances exceptionnelles imposent une indemnisation au nom de l'Equité, partant la cassation de l'arrêt rendu par la Cour de Bourges le 1er juin 1967 : « Attendu qu'en refusant de tenir compte de la *créance alimentaire* dont le principe avait été consacré au profit de la dame Changeux par le jugement de divorce et dont Viginier s'acquittait matériellement par sa contribution aux frais découlant de la vie commune, ce qui constituait un intérêt légitime juridiquement protégé et, d'autre part, d'avoir égard à la *continuité et à la stabilité de la situation de fait* par elle constatée, la Cour d'Appel n'a pas justifié sa décision ».

Certes, la seconde section de la Chambre Civile refuse par un motif de principe, d'indemniser la concubine du défunt. Cependant, elle ne se fonde plus vraiment, en dépit des formules abs-

tiré de la généralité de l'article 1382 (Action d'un concubin... donc surtout pour préjudice moral).

(6) Crim. Rej. 28 décembre 1959, Fiore c/ Pamjanditia, B. Crim. 1959, p. 1130, n° 593, G.P. 1960.1, Somm. 187, n° 33 : Cotonou, 30 janvier 1959 « *a pu* » *déduire* l'absence de préjudice car « *le demandeur n'établit pas la communauté d'existence* au moment du décès » (Très explicite a contrario). Crim. Rej. 20 novembre 1962, Combaldieu rapp., Delidais, D. 1963.S.49, J.C.P. 1962.2.12971, G.P. 1963.1.141, obs. Tunc, Rev. Tr. Dr. Civ. 1963, p. 337, n° 11 : Paris, 14 octobre 1961 a accordé une indemnité justifiée (« Communauté de vie » durant 20 ans, « parfaite entente » et « affection *durable* »). Crim. 18 février 1964, Friol pres. et Combaldieu rapp., Voisin c/ Malbranque, G.P. 1964.1.394, 1re esp., D. 1964.S.82 casse Paris, 22 mai 1963 qui a débouté le concubin « en omettant de rechercher si le demandeur avait *effectivement* subi un préjudice découlant du fait délictueux... » (Voyez l'arrêt cassé Paris, 22 mai 1963, G.P. 1963.2.279, D. 1964.S.34).

Adde : Même sens Paris, 12e ch., 21 janvier 1957, Chauveau c/ dame Mathé, J.C.P. 1957.2.9950, note de Lestang, G.P. 1957.1.165, obs. Mazeaud, Rev. Tr. Dr. Civ. 1957, p. 334 (indemnisation accordée à une concubine, adultère semble-t-il) ; Paris, 20e ch., 10 mai 1958, Dugard c/ dlle Brisson, G.P. 1958.2.32, obs. H. et L. Mazeaud, Rev. Tr. Dr. Civ. 1958, p. 602 (concubinage adultère mais les concubins n'avaient pu régulariser, l'épouse légitime du concubin étant internée depuis 11 ans : indemnisation accordée) ; Paris, 20e ch., 25 février 1960, Dormier c/ dame Cariller, D. 1960.S.74, J.C.P. 1960.IV.160 (« communauté de vie stable... jusqu'à un âge avancé... préjudice certain »). Riom aud. sol., 5 juillet 1965, dlle Kredens, D. 1966. 549 (sur renvoi de Civ. 2e, 4 mars 1964).

(6 bis) Crim. 1er avril 1968, dame Changeux, B. 1968, n °114, p. 271, J.C.P. 1968.IV.89. Obs Durry, in Rev. Tr. Dr. Civ. 1968, p. 716, n° 5. Cet auteur relève d'ailleurs que l'allusion superflue à la pension de divorce est

traites qu'elle persiste à utiliser sur l'absence d'un lien de droit. En effet, elle tient compte désormais de l'atteinte à d'autres situations de fait comme nous le verrons plus loin (7).

138. — D'autres victimes d'un préjudice par ricochet certain sont indemnisées, malgré l'absence de tout lien de droit pertinent au dommage. Le libéralisme de la jurisprudence criminelle envers les concubines a réduit le nombre des actions formées par des « fiancés ». Du moins, la prétendue nécessité d'un lien de droit est-elle abandonnée par la Chambre Criminelle depuis 1956 (8) cependant que les juges du fond tiennent compte de « l'effondrement des projets » d'une fiancée véritable lorsque seul l'accident a empêché la réalisation desdits projets (9).

Divers arrêts de la Chambre Criminelle et des juridictions du fond civiles ou répressives indemnisent « petits-enfants naturels » (10), enfants naturels simples ou adultérins de fait (11), mères nourricières (12), etc... Cette jurisprudence n'est plus,

susceptible d'alimenter quelques controverses. Peut-être peut-on concilier ainsi les deux éléments de cet attendu de principe : Le juge de fond *peut* indemniser si l'union est stable (rejet). Il *doit* indemniser si le concubin survivant était créancier civil d'une obligation d'assistance (cassation).

(7) Cf. *infra*, n° 140, note 18 pour la concubine et n° 139 pour les situations de fait légitimes.

(8) Crim. Rejet 5 janvier 1956, Patin pres., Mathieu rapp., Godest c/ dlle Scoarnec, D. 1956.216, B. Crim. 1956, n° 15, G.P. 1956.1.230, J.C.P. 1956. 2.9146, Rev. Gen. Ass. Terr. 1956.272, note A.B. (véritables fiançailles, bans publiés, invitations adressées, appartement futur acquis etc... : « préjudice direct, actuel et certain résultant d'une situation exactement appréciée par... » Rennes, 31 mars 1954).

(9) Nîmes, Ch. Corr. 20 avril 1961, dlle Roger c/ Bonnet, G.P. 1961.2.102, obs. Tunc, Rev. Tr. Dr. Civ. 1961.676 (fiançailles « sérieures », avenir commun préparé par les études conjointes des fiancés etc...) : « l'effondrement de ses projets et de ses affections est à la fois incontestable et en rapport immédiat avec le délit ». 5.000 Frs actuels d'indemnité. La Chambre Civile ne semble pas avoir eu à connaître de telles actions récemment.

(10) Crim. 18 janvier 1956, Patin pres., Mathieu rapp., Clapon c/ Jacquet, J.C.P. 1956.2.9285, note Carel. Arrêt de cassation, Grenoble, 7 janvier 1954 avait qualifié d'éventuel le préjudice résultant de la *perte d'une chance de succéder à ses « grands-parents naturels » du fait du décès de sa mère naturelle.* 1°) Simple nécessité d'un « intérêt actuel et certain ». 2°) Le dommage... affectait dès à présent l'avenir de la fille, définitivement privée de toute vocation héréditaire et de tout lien familial ».

(11) Crim. Rej. 6 juillet 1955, Dublanc, G.P. 1955.2.159 ; J.C.P. 1955.2. 8917 préc., *supra.* Adde : Paris, 20e ch. corr., 10 mai 1958, Dugard c/ dlle Brisson es-qual. prec. : « brusque disparition » de l'assistance du défunt (1.200.000 A. Frs à chacun des 5 enfants) ; Besançon, 29 janvier 1960, 1re ch. civile, Lançon c/ dame Grostubassiat, es.-qual., D. 1960.S.61, G.P. 1960.1.226 : Cet arrêt se fonde, d'une part, sur l'art. 342 nouveau C. Civ. pour établir que les « enfants adultérins justifient d'intérêts légitimes juridiquement protégés » et, d'autre part, sur la novation d'une obligation alimentaire naturelle. Il est donc peu instructif et se situe dans la ligne de Civ. 1er, 21 octobre 1952 préc. ; Paris, 12e ch., 14 janvier 1966, dame Fromaget es.-qual., G.P. 1966.1.234 (... « nullement subordonné à l'établissement, d'ailleurs impossible, d'un lien de filiation »).

(12) Crim. 30 janvier 1958, dame Mioche, G.P. 1958.1.367. Arrêt de cassation. Motif de principe : « ...L'action civile est ouverte à *quiconque* a souf-

comme on l'enseigne couramment, une manifestation de l'autonomie du droit pénal.

139. — En effet, et *contrairement à une opinion généralement reçue* (13), *la Chambre Civile semble avoir discrètement renoncé à la barrière juridique du droit acquis* (dont nous avons d'ailleurs établi qu'elle n'a jamais visé que les étrangers à la famille légale de la victime). Un arrêt rendu le 18 novembre 1960 semble déjà impliquer l'abandon de la jurisprudence Méténier : Indemnisation d'une veuve mariée après l'accident, la victime étant décédée vingt ans plus tard des séquelles de ses blessures (14). Mais des décisions postérieures sont plus significatives.

Certes, « le coup du cheval » (15) ne mérite aucune attention. En revanche, le doute ne semble plus possible depuis *le premier*

fert un dommage actuel et certain résultant directement du délit poursuivi ». Espèce : la victime « a *reçu les soins de la dame M.* depuis sa naissance jusqu'à l'âge de 18 ans et n'a vécu à aucun moment sous le toit de sa mère » véritable.

(13) Cf. par ex. Combaldieu, rapport préc. D. 1966.184 et s. (« La Chambre Civile, ...réservant l'action aux créanciers d'aliments », p. 186,, col. 2) ; Flour, Cours Lic. 2, 1965, p. 629 in fine ; Mazeaud, Leçons II, p. 562, 3e éd., (Mais cf. Mazeaud-Tunc, 6e éd., n° 277-8, p. 377 sur les incertitudes du critère du « droit à l'encontre du défunt ») ; Carbonnier, t. 4, n° 90, éd. 1969 ; Rodière, obs. Rev. Tr. Dr. Civ. 1966, p. 86, n° 5 et 536 (Mais cet auteur critique violemment cette « barrière juridique sans valeur » de lege ferenda) ; Solus et Perrot, Traité préc., t. I, n° 228 ; Wiederkehr, note préc., J.C.P. 1966.2.14870 (spécialement II. B. : « Pour la réparation du préjudice matériel, la Chambre Civile exige l'existence d'un lien juridique entre la victime et le demandeur ») ; Comp. Voirin, note sous T. Gr. Inst. Seine, 23 mai 1967, D. 1968.355 (Cet auteur considère que l'absence d'une « situation de droit » et d'un « droit à l'assistance du concubin » suffit à interdire la prise en considération d'un tel dommage) ; Raynaud, Cours Licence 2 (1967-1968, Cours de droit), p. 489 et 490 ;

Contra : Durry, obs. Rev. Tr. Dr. Civ. 1967.157 ; notre note préc. J.C.P. 1968.I.15510, et notre thèse dactyl. 1967 préc., n° 139 et s.

(14) Civ. 2e, Rejet 18 novembre 1960, Cons. Ravard c/ Vve Delefortrie, B.C. 1960.II, n° 694, ,p. 475. Après l'accident, la victime immédiate avait divorcé et créé un second foyer. Le pourvoi notait que « le *droit à réparation* naît au jour du dommage » et que seuls les enfants du premier lit pouvaient agir. La Cour rejette le pourvoi au motif que « le dommage doit être *estimé* au jour où il se trouve définitivement réalisé ». Ce faisant, elle ne répond pas au pourvoi qui ne se plaçait pas sur le plan de l'évaluation d'un préjudice variable (B.G. : Mazeaud-Tunc, t. 3, n° 2412 et s.) mais sur celui de la date de la naissance du droit à réparation que l'on s'accorde à fixer au jour du dommage (B.G. : Rodière, n° 1654 et s. En ce sens : C.E. 8 novembre 1968, Req. 68823. Bull. D. Adm. 1968, n° 375). L'action personnelle des enfants conçus après l'accident est illogique. Quant à l'épouse, elle ne justifie de l'atteinte à aucun lien de droit par l'accident. (En notre sens : Rodière, Encycl. Dalloz, Rep. Civ., V° Responsabilité, n° 341). Comp. Concubine - épouse divorcée de son concubin : Civ. 2e, 18 mars 1965, B.C. 1965.II, n° 290, indemnité refusée ; Epouse putative : Crim. Rej. 6 mars 1958, Boulhot c/ dame Fontenay, indemnité accordée (logique puisque l'époux de bonne foi peut s'en prévaloir à l'encontre des tiers. Mazeaud, Leçons I, n° 811 in fine) ; Lyon, 26 mai 1966, G.P. 1966.2. 258, obs. Durry, Rev. Tr. Dr. Civ. 1967.155, n° 4 (Fiancée épouse la victime et ait indemnisé en tant qu'épouse).

(15) Rodière, Rev. Tr. Dr. Civ. 1966, p. 87, n° 5 in fine.

arrêt Pedron du 4 mars 1964. Saisie d'un pourvoi contre un arrêt accordant une indemnité à la concubine du défunt ainsi qu'aux cinq enfants naturels du couple, reconnus par la seule concubine, la Chambre Civile casse l'arrêt attaqué quant à la concubine pour défaut d'intérêt légitime juridiquement protégé et rejette le pourvoi quant aux enfants de fait au motif que : « *Les enfants, reconnus par leur mère seule, vivaient au foyer* de demoiselle Kredens (concubine) et d^a *Zemaneck* (concubin décédé) et *celui-ci percevait les allocations familiales... Abstraction faite de tout autre motif, l'arrêt est légalement justifié du chef de l'allocation d'une indemnité aux enfants* » (16). Saisie le 18 mars 1965 d'une espèce identique, la deuxième Chambre Civile adopte la même solution : Elle rejette le pourvoi quant aux enfants mais par une motivation équivoque faisant allusion à la possibilité d'une recherche de paternité qui a été réduite à néant : En somme, *l'atteinte à une simple expectative suffirait !* (17). Ce même arrêt casse par ailleurs, l'arrêt d'appel quant à la concubine.

Cet « intérêt légitime juridiquement protégé » qui fait défaut à la concubine, ce ne peut être un lien juridique puisque l'octroi d'une indemnisation est « légalement justifié » du chef des descendants par le seul fait de « vivre au foyer » (arrêt Pedron) ou bien d'être traité avec « affection et dévouement » (17 bis). Désormais, la formule de l'arrêt Méténier traduit une simple exigence de légitimité : La jurisprudence de la Chambre Civile rejoint ainsi celle du Conseil d'Etat dans son arrêt Savelli (17 ter).

(16) Civ. 2°, 4 mars 1964, Pedron c/ dlle Kredens es.-qual., G.P. 1964.1.392, B.C. 1964.II, n° 201, p. 149, J.C.P. 1964.IV.58 (Rejet sur ce moyen du pourvoi formé contre Lyon, 15 décembre 1961).

(17) Civ. 2°, 18 mars 1965, Durand (son assureur) c/ dame Durand, B.C. 1965.II, n° 289, p. 198, J.C.P. 1965.IV.59, G.P. 1965.1.430. Seul l'un des trois enfants du couple avait été reconnu par le concubin avant son décès. L'arrêt d'appel (Montpellier, 20 février 1963) avait relevé que le succès d'une action en recherche de paternité (art. 340, § 4 et 5) eût été certain. Le pourvoi témoignait d'une doctrine aventurée en affirmant l'impossibilité de toute recherche posthume. La Cour se contente de rejeter le pourvoi sans exiger l'atteinte à un lien de filiation juridiquement établi (Cf. critiques, Rodière préc., Rev. Tr. Dr. Civ. 1966, p. 87 : « Qu'est-ce donc que ce lien... qui est nécessaire mais qui peut n'être que virtuel ? »).

Adde : Obs. Durry in Rev. Tr. Dr. Civ. 1967, p. 157 (Cet auteur y relève l'absence de reconnaissance lors du 1^er arrêt Pedron de 1964).

(17 bis) Civ. 2^e, 20 janvier 1967, Denos c/ Deloire, J.C.P. 1968.2.15510, 1^re espèce, note Dupichot (Espèce : décès d'un tuteur qui était d'ailleurs le « grand-père naturel » de la demanderesse. « A, que *bien qu'elle n'ait pas légalement de lien de filiation avec eux, ceux-ci s'étaient occupés d'elle* avec autant d'affection, de soin et de dévouement qu'envers leurs propres filles ». L'espèce vise tant le dommage matériel que le dommage moral : cf. le 4^e moyen). Cet arrêt confirme l'abandon de la jurisprudence Méténier déjà signalé in Dupichot, Th. dactyl. Paris, mars 1967, p. 235.

(17 ter) Cf. *supra*, n° 135, note 19, réserve faite de l'absence de jus sanguinis dans l'espèce Savelli, mais non dans les arrêts Pedron et Denos. Comp. et arg. a fortiori le rôle accru des parents nourriciers et les conflits avec les parents légaux (Voy. p. ex., Civ. 1^re, 28 janvier 1969, J.C.P. 1969.IV. 63, 2 espèces).

2°) *Préjudice légitime.*

140. — A vrai dire les débats sont essentiellement relatifs au cas de la concubine. Sur ce point, les divergences sont profondes : Schématiquement, la seconde Chambre Civile considère que l'intérêt allégué par la concubine n'est jamais digne d'être juridiquement protégé. Tel est désormais le sens des arrêts qui affirment depuis 1961 : « Le demandeur d'une indemnité délictuelle ou quasi-délictuelle doit justifier, non d'un dommage quelconque, mais de la lésion d'un *intérêt légitime juridiquement protégé* » (18). *Cette motivation a changé de sens.* Elle n'est utilisée depuis dix ans qu'à propos de demandes fondées sur des situations contraires à une règle de conduite formulée par le Droit objectif (19).

Les magistrats de la Chambre Criminelle avec la majorité des juges du fond (20), admettent que l'intérêt résultant d'un concubinage stable est suffisamment légitime pour mériter le secours des lois. Toutefois, un courant jurisprudentiel récent s'oriente vers un moyen terme et postule l'illégitimité de tout concubinage adultérni, motif pris de son caractère délictueux (21). Cette thèse

(18) Civ. 2°, 13 décembre 1961, Camboulives f. f. pres., Nicolaizeau c/ dame Guillaudeau, B.C. 1961.II, n° 861, p. 607 (Arrêt de cassation : Poitiers, 9 décembre 1959). Adde : Civ. 2°, Rejet, 10 janvier 1963, dame Demascou c/ Veyrette, B.C. 1963.II, n° 38, p. 29 (Toulouse, 25 septembre 1959) ; Civ. 2°, 4 mars 1964, Pedron c/ dlle Kredens préc. (arrêt de cassation quant à la concubine) ; Civ. 2° Rej., 18 mars 1965, B.C. 1965.II, n° 290, p. 200, J.C.P. 1965.IV.59, dame Marcel c/ E.D.F. (Toulouse, 17 mai 1961) ; Civ. 2°, 18 mars 1965, Drouillat, pres. et Martin rapp., Durand c/ dame Durand préc. (arrêt de cassation sur ce point) ; Civ. 2°, 25 juin 1965, Drouillat pres. et Crespin rapp., Soc. Monico c/ dame Duran, B.C. II, p. 398 (Cass. Riom, 17 avril 1963). Civ. 2°, 7 avril 1967 (2e arrêt Pedron), D. 1967.496, J.C.P. 1968.2.15510, 2e espèce, note Dupichot ; Civ. 2°, 18 juillet 1967, époux Kervadec, B.C. 1967.2, n° 265, p. 185, 1er moyen ; Nîmes, 6 avril 1959, dame Point, G.P. 1959.2.72, D. 1959.S.105, J.C.P. 1960.IV.130 ; Besançon, 29 janvier 1960, Lançon préc., G.P. 1960.1.226 ; T. Corr. Versailles, 12 février 1964, D. 1964.S.82 et les arrêts cassés par la Chambre criminelle. Comp. à propos du capital-décès, Civ. 2°, 13 janvier 1961, dame L., D. 1961.269, note Dupeyroux (... « en aucun cas, le concubin n'est un ayant-droit »).

(19) Comp. Civ. 2°, 26 janvier 1954, D. 1954.217, note Levasseur (... « intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ») ; Civ. 2° Rej., 30 janvier 1959, Brouchot pres., Koch c/ Altmann, B.C. 1959. II, n° 116, p. 76 (même motif que Civ. 13 décembre 1961 préc.) : Un tailleur en infraction à la police des étrangers ne peut réclamer une indemnité à son bailleur qui, de sa propre initiative, l'expulse de son local commercial. Idem. Civ. 2° Rej., 18 novembre 1959, Camboulives f. f. pres., Vve Chautard c/ Douis, B.C. 1959.II, p. 493, ,n° 754, G.P. 1960.1.188, n° 60 : Une foraine en infraction à un arrêté municipal ne peut se plaindre de l'obstacle matériel dressé par un riverain à l'installation de son inventaire.

(20) Cf. décisions citées *supra,* notes 1 à 6.

(21) Crim. 20 janvier 1966, Bertrand préc., note 1 (... « du moins *ce lien* ne peut-il donner ouverture à une action en indemnité que... s'il ne présente pas un caractère délictueux »).

Adde, même sens : Paris, 12e ch., 14 janvier 1966 préc.,, G.P. 1966.1.234, T. Gr. Inst. Seine, 23 mai 1967, D. 1968.354, ,note Voirin ; Trib. Gr. Inst. Caen, 17 juin 1968, D. 1968.S.87 ; La Cour de Chambéry, 20 mai 1968 sur

est d'ailleurs bien contestable au regard des articles 336 à 339 du Code Pénal : L'on semble oublier que la répression ne peut être mise en œuvre d'office et que le pardon ou le désistement de l'époux offensé met fin à l'action publique (22). Cela ne regarde par les Tartufes des compagnies d'assurances ! (23).

II. - *Portée pratique.*

141. — « *La liste* » *des ayants-droit* à réparation d'un préjudice matériel en cas d'accident mortel résulte donc aujourd'hui du seul contrôle de la certitude et de la légitimité du préjudice. En droit public comme en droit privé, l'existence d'un lien alimentaire constitue le critère fondamental de la certitude et de la légitimité. Au demeurant, la certitude comporte divers degrés. C'est ainsi que, faute d'assistance bénévole, les créanciers alimentaires éventuels ne subissent qu'un préjudice hypothétique. En fait, l'immense majorité des indemnisations concerne le conjoint survivant (1), les descendants mineurs ou achevant leurs étu-

renvoi du second arrêt Pedron, D. 1968.646, ne s'incline pas entièrement et note l'adultère du défunt. (La demoiselle Kredens est finalement déboutée et conservera ses cinq enfants dans le dénuement du fait de sa cécité et d'une « morale publique officielle » hypocrite si justement dénoncée par M. Rodière in Rev. Tr. Dr. Civ. 1966.86). Cf. dans le même sens, obs. Durry, in Rev. Tr. Dr. Civ. 1968, p. 716, n° 5, sur Chambéry, 20 mai 1968 préc. Ce motif condamne-t-il l'opportune jurisprudence relative au décès des suites d'un avortement ? Crim. 7 juin 1952 préc., D. 1954.494 (Voy. également Mazeaud-Tunc, t. 2, n° 1502). A priori non, s'il n'y a pas complicité du demandeur. Mais quid de l'opposabilité de la faute du défunt ? Cf. *infra*, n° 252 et Merle et Vitu, *op. cit.*, n° 722.

(22) Ne vit-on point une concubine adultère faire intervenir son époux pour la validité de la procédure contre le responsable du décès de son amant ? (Douai, 16 mai 1935, dame Halez, Rec. Douai 1936.27). Le mari ne souhaitait certes pas la mise en œuvre de l'action publique. Cf. Vouin, Droit Pénal Spécial, 2e éd., t. 1, nos 292 et s. et *infra*, n° 221.

(23) Comp. Rodière à propos de la liberté des fiancés, note préc., J.C.P. 1945.2.2893, § 1. 3°. C. Adde au chapitre de la *tartuferie pharisaïque* : « *Une pénible affaire ou les dessous de la démission d'un procureur général* », Journal « Le Monde » du 28 février 1969, p. 10, où l'on voit un très haut magistrat (procureur général près la Cour de Cassation), mis à la retraite « pour raisons de santé », faire plaider la nullité d'une promesse de versement d'une rente mensuelle à celle qui avait été *notoirement* sa concubine durant 18 ans... en alléguant que cette liaison n'était « pas platonique »... Quid de l'adage « Nemo Auditur » ? Adde sur cette affaire, « France-Soir » du 28 février, p. 3 et « Le Figaro » du 27 février, p. 2. Au surplus, une telle situation pourrait-elle se voir qualifier de délictuelle au bénéfice d'un tiers responsable du décès du concubin alors que, socialement, elle ne semble pas faire obstacle, de son vivant, aux plus brillantes carrières ?

(1) Même séparé de fait : Voy. ex. récents (Besançon, 14 mai 1959, Veuve Charlot, D. 1959.515, note Esmein ; Civ. 2e Rej., 9 février 1966, Kimmel c/ dame Magnan, B.C. 1966.II, n° 174, p. 126, sol. impl.). Même divorcé car les charges éducatives sont accrues à l'égard des enfants communs (Civ. 1re, 2 mai 1967, Gairaud, B.C. I, n° 152, p. 111). Décision bien surprenante en fait. Cf. *supra*, n° 33, note in fine.

des (2), les ascendants âgés et besogneux (3). En définitive et *à quelques nuances près, la jurisprudence judiciaire était fixée en ce sens dès le* XIX^e^ *siècle voire dès l'Ancien Droit* (4). Le caractère irréel des controverses d'Ecole transparaît ici. Les juristes ne sont-ils pas prisonniers d'une connaissance fragmentaire et pathologique liée uniquement au contentieux ?

142. — En l'absence de tout lien alimentaire, le préjudice résultant de la perte des subsides est, en règle générale, hypothétique. La réunion de deux circonstances exceptionnelles peut toutefois justifier sa réparation : assistance bénévole constante dans le passé et mobile qui en garantisse la légitimité et la stabilité. De telles circonstances ne sont réunies, en pratique, qu'entre parents et alliés (5), ou dans des situations pseudo-familiales : liens biologiques de fait, mariage apparent, adoption de fait, etc... (6). La *tradition de notre Ancienne France reste vigoureuse.* Souvenons-nous que même le bâtard, étranger juridiquement à la Famille, pouvait intenter l'action criminelle privée (7). En revanche, nous n'avons rencontré aucun cas d'indemnisation accordée à un véritable étranger dans l'hypothèse des subsides, c'est-à-dire un ami assisté régulièrement par exemple En fait, le cercle est limité aux très proches parents et à la cellule familiale de fait. Le plus souvent, lorsqu'un parent éloigné est indemnisé (belle-sœur, etc...) c'est dans la mesure où il cohabitait avec le défunt, ou bien dans la mesure où il avait joué un rôle de père adoptif par exemple.

En définitive, au-delà des péripéties jurisprudentielles et doctrinales, *l'action* en réparation du dommage mortel reste strictement *familiale, en fait. Le véritable problème consiste à inclure*

(2) Sur ce point, l'allongement de la durée moyenne des études se traduit par l'abandon progressif de la limite d'âge fixée à 18 ans par le juge administratif. La jurisprudence judiciaire considère fréquemment que l'obligation d'entretien ne cesse pas ipso facto à la majorité (Voy. : J. PRADEL, J.C.P. 1966.I.2038 ; CARBONNIER, t. 1, éd. 1964, p. 657 b. ; Paris, 17 juin 1965 et Trib. Gr. Inst. de Chambéry, 26 janvier 1966, J.C.P. 1966.2.14854).

A la limite, le « vieux garçon » qui cohabite avec ses parents sera indemnisé et vice-versa (Ex. récent : Trib. Gr. Inst. Avesnes, 5 avril 1960, époux Monnier c/ Fosset, D. 1960.S.78).

(3) P. ex. Civ. 2^e^ Rej., 3 janvier 1957, dame Chauvin c/ Veuve Peluchon, B.C. 1957.II, n° 15, p. 9 (mère âgée et décès à Buchenwald de son « unique soutien » par suite d'une dénonciation à la Gestapo).

(4) Cf. *supra,* n^os^ 54 et s., 71 et s. (avant 1913) et n° 82 et s. (avant 1937).

(5) En pratique, les cas d'indemnisation sont très rares. L'on dépasse difficilement le cercle des collatéraux privilégiés ou des beaux-parents (cf. *supra,* n° 75 et s. avant 1913, n° 86 et s. avant 1937, n° 129 et s. après 1937).

(6) Entre personnes juridiquement étrangères, les cas de certitude du préjudice sont plus fréquents. Le paradoxe n'est qu'apparent puisque les victimes sont parfois très proches biologiquement ou sentimentalement. D'où l'intérêt pratique du débat (Comp. CARBONNIER, *op. cit.,* Rev. Soc. Jur. Bern. 1964.310, 1^er^ alinéa et la notion de « Personne à Charge », t. 1, n° 208)

(7) JOUSSE préc., n° 69. 11° et DENISART préc., n° 6.

ou à exclure la famille « de fait » du cercle des ayants droit. La tendance à l'extension est évidente mais délimiter le cercle des ayants droit est une chose, assurer leur indemnisation effective en est une autre.

143. — La réparation du préjudice ne constitue pas l'objet propre de notre étude. Néanmoins, le bilan du droit positif en est rapidement établi. En effet, si l'empirisme (8) est le trait dominant de l'évaluation du préjudice corporel subi par la victime immédiate, du moins admet-on quelques règles, théoriques et pratiques. En revanche, les problèmes particuliers à l'appréciation chiffrée du préjudice matériel réfléchi n'intéressent ni les auteurs (9) ni les praticiens spécialisés (10). L'absence de règles juridiques aboutit à des pratiques décousues que rien ne justifie économiquement.

144. — L'absence de règles juridiques positives est critiquable. Une construction jurisprudentielle complexe et des controverses passionnées se diluent en un postulat : « Le juge justifie l'existence d'un préjudice par la seule appréciation qu'il en fait » (11).

Il appartient aux parties d'éviter les conséquences de cette jurisprudence : Si leurs conseils rédigeaient plus soigneusement le dispositif de leurs conclusions au lieu de reproduire des formules stéréotypées, la Cour devrait alors contrôler l'absence de réponse motivée aux divers chefs du dispositif (12), les contradictions de motifs (p. ex. double emploi d'un même préjudice), la dénaturation des documents de la cause (p. ex. rapport d'expertise, déclaration fiscale) etc...

Par ailleurs, puisque *le contrôle de la Cour* s'exerce sur la certitude du dommage (13), il *devrait porter* également *sur le*

(8) Flour, Cours préc., p. 833, second alinéa.

(9) « *...mêmes difficultés d'appréciation* que le préjudice patrimonial subi par la victime frappée d'incapacité » (M. Pauffin de Saint-Morel, *Quelques aspects de la réparation du dommage corporel*, p. 73, éd. Pichon 1966) ; Adde : Les ouvrages généraux n'analysent que le préjudice subi par la victime immédiate (Mazeaud-Tunc, t. 3, n° 2394 et s. ; Flour, Cours préc. ; Savatier, t. 2, n° 606, p. 184). Ces problèmes sont différents : Détermination de l'I.P.P. et calcul des ressources postérieures à l'accident sont un non-sens puisque la victime est décédée. En revanche, d'autres difficultés apparaissent ici.

(10) Le Roy, *op. cit.*, 4e éd. 1966, n° 166 à 171 et Béraud, *op. cit.*, éd. 1961, n° 20 à 25 (à propos de la veuve et des enfants uniquement).

(11) Civ. 2e Rej., 16 janvier 1957, Soc. Besse c/ Navarre, B.C. 1957.II, n° 50, p. 31 (à propos de la victime immédiate) ; Le Roy, *op. cit.*, 4e éd., p. 7. Jurisprudence traditionnelle : Crim. Rej., 19 août 1875, B., n° 269, p. 516, etc...

(12) En ce sens : Civ. 2e Cassation, 3 décembre 1964, Soula, J.C.P. 1965. IV.3 (pas d'évaluation globale lorsque les conclusions diversifient les chefs de préjudice) ; Aix, 19 décembre 1963, Mauro c/ Le Soleil, D. 1964.295, note Borricand ; En revanche, le juge du fond n'est « pas tenu de suivre le détail de l'argumentation », c'est-à-dire les motifs (Civ. 2e Rej., 21 avril 1966, B.C. 1966.2, n° 450, p. 320).

(13) G. Marty, Rep. D. Dr. Civ. Ve Cassation, n° 60. P. ex. Civ. 1er juin 1934, Drouet c/ Mangin, G.P. 1934.2.250 (dépréciation d'un immeuble) et

degré de certitude (14) en cas de perte d'une chance (p. ex. : veuve « normale », veuve séparée de fait, veuve en instance de divorce, concubine âgée, etc.). Le juge du fait devrait fixer le degré de probabilité de l'aide pécuniaire et la durée probable de l'assistance eu égard aux circonstances : aide à un frère définitivement infirme (15) ou à un cadet achevant ses études. Ces éléments ressortissent à la certitude du dommage et non à l'évaluation.

145. — La pratique de l'évaluation devrait, à notre sens, toujours tenir compte de trois variables : Montant de l'assistance, durée et certitude (16). Seule l'évaluation du montant de l'assistance constitue une question de fait (17). Trois hypothèses doivent être prises en considération. Dans un premier cas, le demandeur ne vivait pas au foyer du défunt. Pour établir l'existence et la certitude du dommage, il doit donc prouver lui-même une assistance constante, ce qui règle la difficulté. Dans d'autres cas, le demandeur invoque la perte d'un espoir d'obtenir des subsides (père et mère dans la force de l'âge, etc...). Le calcul de probabilités porte alors sur des variables supplémentaires (état de besoin futur, assistance, montant, etc...) d'où la tentation de l'évaluation globale et le silence de la pratique sur ses méthodes d'évaluation : En effet, l'on cherche vainement dans les ouvrages pratiques l'exposé d'un principe d'évaluation donc d'unification (17 bis).

Enfin, hypothèse la plus fréquente, le demandeur vivait au foyer du défunt. Le montant de l'assistance s'évalue alors en deux temps.

tous les arrêts qualifiant les subsides d'aléatoires. Civ. 2°, 28 avril 1966, Préfet de Police c/ Collot, B.C. 1966.2, n° 498, p. 354 (... « préjudices d'ores et déjà certains du fait qu'elle était privée de certaines possibilités normales de la vie »).

(14) *Contra* : Civ. 23 décembre 1947 préc., J.C.P. 1948.2.4304, note Savatier (mais en l'espèce, la demanderesse en divorce aurait très certainement obtenu une pension pour « motifs graves »). Comp. en notre sens, Req. 30 avril 1940, G.P. 1940.2.37 (calcul des chances perdues implicitement) ; Crim. 7 juillet 1966, J.C.P. 1967.2.14943 préc.

(15) Abstraction faite du contrôle de la Cour Suprême, seule une motivation véritable force le juge à prendre conscience de son intime conviction et garantit le justiciable contre l'arbitraire... et la solution de facilité, infiniment plus dangereuse (Cuche et Vincent, *op. cit.*, n° 365). P. ex. Qui saura jamais pourquoi la Cour de Colmar a cru indemniser un frère infirme avec 12.000 A. Frs, le 20 septembre 1956, Gaz. P. Tabl. Jur. 22 mai 1956, in Le Roy, n° 181 ? *Faute d'une motivation autre que de pure forme, l'unification de la pratique est impossible.*

(16) P. ex. : Le demandeur recevait 2.000 N. F. par an, avec une probabilité de 50 % de maintien jusqu'à son décès : une rente viagère de 1.000 N. F. suffit.

(17) Comp. Civ. 2° Rej., 28 avril 1966 préc. (second moyen).

(17 bis) Quant à la Cour de Cassation, elle se contente, du moins pour la Chambre Criminelle, d'entériner l'appréciation que fait le juge du fond de la plus ou moins grande probabilité d'une asssitance effective : En dernier lieu, Crim. 21 novembre 1968, Nuza, B., n° 309, p. 739, D. 1969.S.31 (décès d'un fils de 15 ans : préjudice éventuel).

146. — En premier lieu, il faut établir *in concreto* et chiffrer l'apport du disparu à son foyer (18) : apport en numéraire (19), en industrie (relations mondaines (20), bricolage, tâches ménagères, « cordon bleu », etc ..) ou en nature (21). Ce chiffre doit être corrigé par les perspectives normales d'avenir (22) compte tenu du niveau d'instruction (23), de la profession embrassée (carrière de fonction publique au cadre rigide, jeune médecin, V.R.P. débutant... précarité du « vedettariat », etc...) (24), de l'âge et de l'état de santé. Cet apport diffère considérablement du revenu annuel moyen après imposition (25) lequel ne tient pas compte de la part des revenus qui est capitalisée périodiquement (surtout sous un régime séparatiste).

147. — En second lieu, il faut défalquer de cette contribution aux charges du ménage la consommation personnelle du défunt et préciser, autant que faire se peut, la structure interne de la consommation familiale afin d'évaluer *in concreto* le préjudice subi par chacun des ayants droit. Les praticiens s'inspirent de méthodes forfaitaires et irréelles. Ne les voit-on pas débattre *in abstracto* de la proportion de ses ressources que le « Mari » (Industriel ? Manœuvre ? Le magistrat rapporteur ?) consacre à son épouse ou à ses enfants (26). Quant à la jurisprudence, elle est

(18) En cas de pluralité de foyers, voy. p. ex. Besançon, 14 mai 1959, Veuve Charlot, D. 1959.515, note Esmein préc. (Epouse légitime à mi-temps : « tenir compte de l'entretien d'une concubine ») ou Paris, 14 janvier 1966, Giraud c/ Veuve Esnault préc. (tient compte de l'entretien de la fille adultérine de fait mais non de la concubine).

(19) Sur l'opposabilité des déclarations fiscales, cf. MAZEAUD-TUNC III, n° 2397 et s., p. 531 et s. ; Paris, 28 avril 1960, J.C.P. 1960.2.11801 ; Paris, 12e ch., 14 janvier 1966, Veuve Esnault, G.P. 1966.1.234 (« seuls documents qui ne puissent faire l'objet de discussions » en l'absence d'autres indices).

(20) Comp. Paris, 12e ch., 24 novembre 1956, G.P. 1957.1.19.

(21) Privation de jouissance d'un bien frappé d'une clause de retour conventionnel (Civ. 1re, 5 mars 1963, Battestini, 1re pres., SNCF c/ Guibal, J.C.P. 1963.2.13148, note R. L. G.P.1963.1.376, obs. TUNC, Rev. Tr. Dr. Civ. 1963, p. 739, n° 33 : « perdre sa femme et sa ferme ».

(22) En ce sens : MAZEAUD-TUNC, t. 3, n° 2396 in fine, p. 531 ; Civ. 2e Rej., 10 avril 1964, B.C. 1964.II, n° 263, p. 201, sol. impl. Spécialement la hausse nominale des rémunérations, cf. C.E. 29 novembre 1967, Req. 67986.

(23) Cf. Civ. 2e, 12 mai 1966, D. 1967.3 (Soi-disant vocation pharmaceutique contrariée chez une jeune collégienne... peu douée au surplus. Préjudice hypothétique).

(24) Civ. 2e, 9 juillet 1954, Bordes c/ Vve Lafitte, G.P. 1954.2.233, D. 1954.627 ; Civ. 2e, 13 juillet 1961, Dubié c/ Vve Trouillet, G.P. 1961.2.216 entérine un calcul de probabilités effectué par la Cour de Pau : « Tenir compte... des chances de se voir appeler à de plus hautes fonctions... et de l'incertitude qui s'attache à toutes les prévisions humaines » ; Civ. 2e 4 octobre 1967, D. 1968.162. (Possibilité de se fonder sur la carrière du remplaçant du défunt).

(25) Au surplus, le montant de l'impôt sur le revenu du défunt était lié au quotient familial, cependant que les ayants-droit acquitteront l'impôt sur les revenus du capital alloué (en ce sens : MAZEAUD-TUNC, t. 3, n° 2397, note 3, p. 532).

Contra : LE ROY, *op. cit.*, 4e éd., n° 166 et LAMBERT, *op. cit.*, p. 96.

(26) a) Femme 40 à 50 % (LE ROY, n° 167 et Paris, 24 novembre 1956,

presque inexistante. Une motivation de pure forme voile, à l'occasion, des dénis de justice (27).

Des approximations plus scientifiques seraient possibles à qui voudrait « sortir du néolithique ». Des enquêtes économiques permanentes étudient la « consommation des ménages » et les « budgets types » des cellules familiales (28) suivant des schémas diversifiés (âge, composition de la famille, niveau de ses ressources, zone géographique, catégorie socio-professionnelle, etc...). Il n'en est guère fait usage, semble-t-il. Par ailleurs, les barèmes du Ministère des Finances relatifs à l'évaluation exceptionnelle du revenu global d'après les signes extérieurs de richesse (29), fourniraient de précieuses indications relativement au revenu *minimum* nécessaire au maintien d'un train de vie donné malgré le décès du chef de famille... Peut-être s'apercevrait-on alors que, *contrairement à l'opinio communis, des indemnisations considérables ne réparent pas totalement le préjudice subi.* Même économiquement, l'Homme est un Capital irremplaçable (30).

Les méthodes d'évaluation doivent être coordonnées sur une base scientifique. Experts-comptables, économistes et statisticiens doivent l'emporter tant sur la tentation salomonique que sur l'inertie vulgaire. Sinon, l'on ne devrait pas s'indigner de voir les prétoires désertés par ceux qui ont les moyens de recourir à l'arbitrage (30). Quant à la doctrine juridique son rôle est ici limité par son incompétence technique. En revanche, il lui appartient de se prononcer sur les principes qui régissent la détermination des ayants droit à indemnité.

§ 2. — EXAMEN DOCTRINAL : ESQUISSE D'UNE THEORIE GENERALE DU PREJUDICE MATERIEL.

148. — Achever l'étude du dommage matériel réfléchi dans l'hypothèse des subsides par quelques réflexions relatives à la notion de dommage juridique en général n'est étrange qu'en apparence. En effet, à la différence du préjudice moral, le dom-

D. 1957.S.115) ; 66 % (R. Béraud, n° 20. 3° et Civ. 2° Rej., 25 octobre 1962, Roudeaux c/ Greiner, D. 1963.377, note Azard).

b) Enfants 15 % par enfant avec un plafond de 85 % pour le conjoint et les enfants (R. Béraud, n° 21 ; Le Roy, n° 167 in fine). Adde : Toulemon et Moore, *op. cit.*, p. 37 (« répartition selon le degré de parenté ») ? ? ? Les parents n'ont jamais relevé que l'appétit d'une personne à charge lui soit proportionné !

(27) P. ex. Aix, 8 octobre 1963, Giovanetti c/ Veuve Fouque, D. 1964.206 (2.592 Frs à une veuve alors que le lien conjugal apparaît étroit en l'espèce).

(28) P. ex. rapp. Cons. Economique par MM. Dumontier et Malterre, J.O. n° 1090-64-1, p. 128 (Rapp. semestriels).

(29) B.G. : Duverger, *Finances Publiques*, P.U.F. 1963, p. 550 et s.

(30) Quel magistrat pourrait conseiller utilement la veuve B. et lui assurer un revenu net, sûr et indexé de 25.000 N. Frs avec un capital de

mage matériel a suscité peu d'études théoriques en droit privé. Une théorie générale reste peut-être à élaborer (1).

Or, les difficultés théoriques et pratiques relatives à la notion de dommage matériel sont, en fait, concentrées autour du problème dit de « l'accident mortel » (2). Après avoir disséqué le droit positif et étudié les incidences des divers systèmes théoriques, nous pouvons donc cerner enfin la notion de dommage réparable, exception faite du *pretium affectionis* dont l'autonomie est irréductible (3).

Dans le droit contemporain, le dommage réparable résulte de l'atteinte à une simple situation de fait préexistante au fait générateur. Un droit subjectif à réparation est reconnu *a posteriori* par la jurisprudence, source créatrice de droit (ou « autorité privilégiée »), lorsque le préjudice suffisamment direct (causalité) et certain (y compris la perte d'une chance future) est jugé digne du secours des lois par sa légitimité et son sérieux.

I. - *Rejet du critère de l'atteinte à un droit subjectif préexistant.*

149. — Les controverses passées ou présentes relatives à l'exigence d'un « droit » ou d'un simple « intérêt » sont entachées de verbalisme (4). Ripert vit, à juste titre, dans *l'abus de la notion de droit individuel* la source du déclin du Droit (5). Ne voit-on point la Cour Suprême débattre du « droit » de priorité et de la bonne foi « du débiteur de la priorité » (6), au sujet d'une simple

280.000 N. Frs ? (Paris, 24 novembre 1956 préc.). Si la veuve B. a acquis des actions « de père de famille », le rapport moyen en est de 2 %, impôts et pertes en capital non déduites ! ! Si le magistrat abdique devant un calcul financier aussi élémentaire, de quel droit revendique-t-il le contentieux des grandes affaires ? Comp. *supra*, n° 39 in fine.

(1) En ce sens : Carbonnier, t. 2, n° 173 (« Théorie Juridique »).

(2) En ce sens : Mazeaud-Tunc, éd. 1965, t. I, n° 277, p. 363 ; Rodière, n° 1605, p. 223 ; Chapus, n° 451 et s. ; Raynaud, Cours préc. 1962, p. 488 B. ; Flour, Cours préc. 1964-65, p. 618 in fine ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 297 (« rares applications en d'autres matières ») ; Carbonnier, *op. cit.*, p. 590 ; Obs. Weill in « Grands Arrêts » préc., p. 315 ; Stefani et Levasseur, t. 2, n° 153 et s. ; Bouzat et Pinatel, t. 2, n° 1000.

(3) Cf. *infra*, 2e partie : Le pretium affectionis est le seul à poser des difficultés théoriques (absence de tout « droit » préexistant, aucune incidence patrimoniale, immoralité de la réparation) et pratiques (incertitude substantielle du dommage, limitation de la liste des demandeurs, etc...) insurmontables sans recourir à l'arbitraire. Les autres hypothèses de dommage « moral » sont différentes à tous égards (cf. n° 167 et s. et 173 et s.).

(4) En ce sens : Mazeaud-Tunc, éd. 1965, t. I, p. 361 in fine.

(5) G. Ripert, *Le déclin du Droit*, éd. 1949, n° 61 et s., p. 192. Adde : P. Roubier, *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Dalloz 1963 (« Cette tendance à la prolifération de droits douteux a gagné les milieux juridiques », n° 6, p. 47 in fine) et Arch. Philosophie du Droit, t. IX, 1964 etc. Voy. del Vecchio, *op. cit.*, p. 229-233 (critique de la définition due à Ihering).

(6) Civ. 2e, 19 janvier 1966, J.C.P. 1966.2.14851, note Bloch.

Adde : Bloch, J.C.P. 1966.1.2020 et « la notion de droit de priorité absolu » (sic).

obligation de comportement (Art. R. 25 Code de la Route : ... « tenu de céder le passage ») Le droit subjectif est un pouvoir dont l'exercice est garanti par le droit objectif. L'appartenance à un sujet de droit et la maîtrise de ce pouvoir en sont les éléments essentiels (7).

150. — Or, si l'on excepte les règles du contentieux administratif antérieures à 1952, l'action en responsabilité civile a toujours été considérée comme une *action banale,* sur le plan de la recevabilité. Toute confusion avec le fondement de l'action est dénoncée par les théoriciens du droit judiciaire (7 bis). Tout monopole de l'action est contraire au droit commun de l'égalité civile (8).

151. — Quant au fond, le droit civil n'a jamais exigé l'atteinte à un droit subjectif préexistant au fait générateur de responsabilité (sinon sur le plan de la certitude). Dans l'hypothèse du dommage réfléchi, l'atteinte à un lien alimentaire *muni d'action* n'a jamais été exigée. La jurisprudence la plus restrictive se contentait d'un droit éventuel ou d'une obligation naturelle voire d'un simple lien de parenté dépourvu de toute prérogative alimentaire (9). La jurisprudence actuelle se contente de l'atteinte à une liberté (fiancé) ou à une situation de fait (Enfants de fait ou pupille : seconde section civile ; concubine : Chambre Criminelle).

Il en va de même lorsque la victime immédiate agit. Cette dernière n'est pas toujours à même d'invoquer l'atteinte à un droit subjectif *stricto sensu.* La victime de l'atteinte à un bien corporel (destruction ou dégradation) ou incorporel (contrefaçon) est généralement à même d'invoquer un droit subjectif *stricto sensu* préexistant (10). En revanche, le « droit » à l'intégrité cor-

(7) Définition proposée par le doyen Roubier (*op. cit.,* n° 9, p. 73) : « Situation régulièrement établie, soit par acte volontaire, soit par la loi, de laquelle découlent principalement des prérogatives... à l'avantage de son bénéficiaire et auxquelles il peut en principe renoncer ». Même sens : Eisenmann, Rev. Dr. Publ. 1954, p. 767 ; A. Gervais, in Mélanges Roubier, t. 1, p. 241.

(7 bis) La concubine « est-elle donc irrecevable en son action pour défaut d'intérêt ? Il ne le semble pas, car l'intérêt légitime juridiquement protégé, c'est le droit subjectif lui-même, tel qu'il a été défini par Ihering. Il est certain, en effet, que la concubine a *intérêt* à exercer son action ; l'irrecevabilité de sa demande est donc fondée sur un défaut de protection légale » (A. Piédelièvre, « Remarques sur la notion de qualité », in Ann. Fac. Clermont 1969, p. 225).

(8) En ce sens : Cornu et Foyer, p. 298 B. 3e alinéa ; Solus et Perrot, t. 1, n° 228, p. 203 a. ; Tel est le sens du motif classique tiré de la généralité de l'raticle 1382 : « ubi lex non distinguit ».

(9) Cf. *supra,* n°s 128 et s. pour l'hypothèse des subsides. Adde : Pour les chefs de préjudice communs à la survie et au décès, *supra,* n°s 35 in fine et 44.

(10) Comp. Roubier, *op. cit.,* p. 310 in fine ; Toutefois, quel droit préexiste à l'acte de concurrence déloyale ? (En notre sens : Roubier, *op. cit.,* p. 311, note 4).

porelle comme la plupart des droit extra-patrimoniaux ne constitue par un droit subjectif *stricto sensu*. Selon la terminologie du doyen Roubier, il s'agit d'une « situation juridique objective réactionnelle », tendant à sanctionner un devoir plutôt qu'à protéger un droit (11).

152. — En d'autres termes, c'est à tort que l'existence d'un droit subjectif *préexistant* sur son propre corps est déduite d'arrêts qui sanctionnent la violation de tel ou tel devoir de comportement par l'octroi *a posteriori* d'un *droit* subjectif *à réparation* (12).

Comprise en ce sens, l'opposition droit-intérêt est purement verbale. Le Professeur Tunc observe justement : « Rechercher si le demandeur à un droit, c'est résoudre la question par la question » (13). Si par « droits » l'on entend des droits aussi vagues et génériques que les droits de la personnalité dont le contenu n'est déterminé qu'après coup et lorsqu'ils sont méconnus, *le « droit » est un intérêt qu'une jurisprudence établie protège contre des comportements anti-sociaux* (d'où le primat du concept de fait générateur dans la responsabilité quasi-délictuelle).

II. - *Certitude et légitimité du préjudice.*

La Jurisprudence, source de droit objectif, sanctionne aussi bien la violation d'un droit subjectif que la lésion fautive d'une situation juridique ou d'une situation de fait. Mais, la réunion de deux conditions est toujours exigée.

153. — En premier lieu, le préjudice doit être direct et certain. En théorie, la notion de dommage direct concerne le seul lien causal mais, nul ne l'ignore, le juge qualifie souvent d'indirect un dommage qu'il ne souhaite pas réparer. L'analyse du rapport de causalité est influencée notamment par l'existence d'une responsabilité de plein droit dont le juge tempère la rigueur par l'appel à la théorie de la causalité adéquate (1).

Quant à la certitude du dommage, elle se confond, en fait, avec

(11) Roubier, *op. cit.*, p. 73 et s. et n° 15. A., p. 111 (« neminem laedere ») et R. Capitant in Mélanges Sugiyama, Sirey 1940, p. 29 et s. (parallèle entre droit réel et « liberté »). Comp. en ce sens : Savatier, t. 2, n° 550, p. 118.

(12) En ce sens : Cuche et Vincent, éd. 1962, n° 14, p. 22, 1er alinéa ; Comp. Hébraud, obs. Rev. Tr. Dr. Civ. 1957.165 et Raynaud, note sous T. Civ. Seine, 19 juin 1957, D. 1958.70.II.A, col. 1, in fine : « droit qui ne prendra figure que par la sanction » ; Comp. Flour, note préc. D. 1945. 295, col. 2 (... « se demander où commence le droit... »).

(13) Obs. Tunc, Rev. Tr. Dr. Civ. 1964, p. 107. Adde : Morel, Cours préc. 1952, p. 15 ; Le Balle, *La Chose jugée*, Cours de doctorat 1955, éd. Cours de droit, p. 239.

(1) En ce sens : Flour, Cours préc. 1965, p. 649 et s. ; Comp. Tunc, obs. Rev. Tr. Dr. Civ. 1962, p. 99 et P. Esmein, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité*, D. 1964, Chron. p. 205 et s. (nos 1, 3, 5).

son existence puisque le préjudice futur est réparable (1 bis) L'on s'accorde à exiger la certitude, — c'est-à-dire l'existence (2) — mais l'on prend en considération le dommage « modique » (3). Ceci suppose donc la réparation de la perte d'une chance, par exemple celle d'un avenir meilleur (4)... ainsi qu'un certain arbitraire (5).

154. — Toutefois, la certitude absolue est une notion bien étrangère aux sciences humaines (6) : Est certain le dommage très probable (destruction d'un bien corporel doté d'une valeur marchande). Est partiellement certain le dommage vraisemblable. La perte d'une chance ne constitue donc pas une catégorie spéciale du préjudice réparable car la certitude n'égale jamais 100 %. Tout préjudice à réalisation successive comporte un calcul de probabilité (7). Le dommage matériel réfléchi consiste en la perte d'un certain « pourcentage de certitude » (sic) d'obtenir ou de conserver des subsides. Il en va de même quant au préjudice corporel subi par le blessé : l'employé eût pu perdre son emploi. Le clochard ou l'oisif distingué pouvaient renoncer à leur parasitisme social (8). Le préjudice est certain, futur et définitivement indéterminable. Le recours à une *cote mal taillée* est donc nécessaire. C'est pourquoi la Cour de Cassation préfère, semble-t-il, le calcul mathematique (9) à l'évaluation *in concreto* : l'évolution des ressources du blessé dépend de facteurs trop divers.

(1 bis)Comp. CHAPUS, n° 402, p. 403 in fine.

(2) Crim. 10 mars 1932, dame Chautemps, G.P. 1932.2.99 (... « en accordant une provision sur des dommages-intérêts correspondant à un préjudice dont l'existence n'était pas encore établie, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision... ») ; Crim. 30 janvier 1963, J.C.P. 1963.2.13343, note A. P., etc...

B.G. : MAZEAUD-TUNC, t. I, éd. 1965, n° 208.

(3) T. Civ. Seine, 7 décembre 1950, Méziane, G.P. 1951.1.33.

(4) P. ex. Soc. 21 novembre 1940, D.A. 1941.13 préc.

(5) La jurisprudence belge procède ouvertement « ex aequo et bono » P. ex. Bruxelles, 8 octobre 1965, Rev. Gen. Ass. Resp. (belge) 1966.7701, note S. Rouffy.

(6) Comp. en ce sens MAZEAUD-TUNC I., éd. 1965, n° 216, note 1.

(7) Comp. G. MARTY, note préc. S. 1931.1.149, col. 1.

(8) ...d'où le recours au « calcul au point » dans de telles espèces (LE ROY, 4e éd., n° 79 et s.). ...En dépit de l'incompréhension de l'opinion publique (cf. l'affaire du « vagabond millionnaire », Poitiers, 24 mars 1962 inédit et les réactions de la grande presse dont « Le Monde » du 25 mars 1962, p. 6).

(9) Civ. 2e Rej., 3 juin 1955, Ets Cabour c/ Lecat, B.C. 1955.II, n° 306, p. 189 (... « diminution de sa capacité physique... ») ; Civ. 2e, 16 janvier 1957, Soc. Besse c/ Navarre, B.C. 1957.II, n° 50, p. 31 (... « manifestation particulière d'intérêt » de la part de l'employeur explique le maintien des revenus) cf. *supra*, n° 38 ; Civ. 2e Rej., 23 janvier 1958, Voilin c/ Durand, B.C. 1958.II, n° 74, p. 47 (pour un officier ministériel).

Comp. LE ROY, nos 70 à 73. Cet auteur semble interpréter la jurisprudence, bien équivoque certes, de façon opposée. Mais, quid de l'arrêt Besse précité ? Certes, ce n'est qu'un arrêt de rejet mais si fortement motivé.

En outre, dans ses arrêts les plus récents, la Cour Suprême incite les juges du fond à « doser » le degré de certitude du dommage allégué et semble s'orienter vers un *contrôle plus actif de la notion de préjudice éventuel*. Certes, les possibilités de réalisation d'un événement hypothétique peuvent n'être envisagées que pour partie. En revanche, réduire des 9/10e l'indemnité accordée à une jeune veuve, susceptible de se bâtir une existence nouvelle, constitue une appréciation erronée car *abusive* du degré de probabilité d'un remariage (10).

155. — En second lieu, le préjudice doit être sérieux et légitime. En effet, la jurisprudence ne tient aucun compte d'un intérêt inexistant (11) ou bien puéril (12), ou sénile (13). *De minimis non curat praetor* (14), tel est parfois le sens de l'expression « intérêt légitime juridiquement protégé ».

Par ailleurs, l'intérêt doit évidemment être légitime. L'on conçoit mal qu'un arrêt répare un préjudice tout en le disant illégitime (15), c'est-à-dire fondé sur l'illicéité, l'injustice ou la déraison (Littré). Toutefois, *la légitimité est une notion relative :* Evolutive (16), elle varie également dans l'espace, de la Chambre Criminelle à la Chambre Civile, de la Place Dauphine au Palais Royal. Bien plus, c'est une notion *comparative*. Le juge pénal se contente d'un intérêt moins illégitime (17) que celui du prévenu qui est mal venu à invoquer l'adage « *nemo auditur* » : assassin

(10) Crim. 7 juillet 1966, Vve Desombres c/ Pocreau, J.C.P. 1967.2.14943, G.P. 1966.2.193. Comp. sur le caractère hypothétique de la vocation pharmaceutique d'une jeune écolière, moyennement douée, Civ. 2e Rej., 12 mai 1966, Erhard, D. 1967.3 préc. Adde : Crim. 20 novembre 1968, B. n° 308, p. 737 (7.000 F d'indemnité à la victime d'un détournement de 45.000 F. Il y a là contradiction et cassation).

(11) Paris, 8 mars 1932, G.P. 1932.1.926 (droit des sociétés).

(12) Voy. p. ex. Civ. 1re, 12 juillet 1966, J.C.P. 1966.2.14813, note Carbonnier (Prétendue entrave à la puissance paternelle).

(13) T. Gr. Inst. Toulouse, 21 décembre 1964, Bousgarbies c/ R.T.F., J.C.P. 1966.2.14095 (atteinte par la Télévision Fse aux sentiments bonapartistes d'un avoué retraité et nostalgique qui n'était même pas téléspectateur. Adde : Crim. 30 janvier 1963, J.C.P. 1963.2.13343. (Non fumeur et publicité fallacieuse de la SEITA).

(14) Comp. en droit public la notion de décision « faisant grief » (B.G. : Vedel, *op. cit.*, p. 150, 4° et p. 422 3°).

(15) En ce sens : Ripert et Boulanger, t. 2, n° 989, p. 373.

(16) Si la perte des gains résultant d'une activité de sous-maîtresse dans une maison de tolérance reste illégitime (T. Comm. Seine, 10 juin 1942, Lehmann c/ Royal Taxis, G.P. 1942.2.149), le « strip tease », plus nocif — comme son nom l'indique —, acquiert droit de cité : cf. la cicatrice au bas-ventre d'une strip-teaseuse (Paris, 20 juin 1960, obs. Tunc, Rev. Tr. Dr. Civ. 1960, p. 646 et s., n° 11).

(17) Comp. Carbonnier, note au J.C.P. 1948.II.4474 (« Le juge doit hiérarchiser et préférer une règle à l'autre »...).B.G. : E. Schaeffer, *La faute de la victime et la réparation*, in Autonomie du droit pénal préc., p. 378 et s.

d'un concubin (18), proxénète (19), duelliste survivant (20), avorteur professionnel (21), etc.... toutes hypothèses dans lesquelles une assurance de responsabilité est exclue (22), ce qui contribue à accentuer l'effet pénalisateur des dommages-intérêts.

Conclusion de la Première Partie.

156. — L'étude de la jurisprudence relative au dommage par ricochet nous a permis d'éclairer incidemment la notion de dommage patrimonial : L'atteinte à un droit est utile sur le plan de la certitude. La lésion d'un intérêt légitime et certain est nécessaire mais suffisante. Toutefois la légitimité est une notion relative, évolutive et comparative. C'est pourquoi, dans l'hypothèse de l'interruption des subsides, seul le cas de la concubine reste litigieux.

Dans l'ensemble, l'évolution s'achève par un retour aux sources. A l'instar de nos anciens Parlements, la Cour Suprême préserve le caractère familial de l'action en réparation du dommage réfléchi résultant de la perte de subsides tout en admettant les bâtards. Etudions maintenant la détermination des ayants droit à réparation du préjudice moral réfléchi. Les liens qui unissent notre droit civil à l'action criminelle privée y sont plus évidents encore.

(18) Cf. *supra*, n° 120, note 9. Peut-être est-il opportun de noter que Crim. 20 janvier 1966 préc. est intervenu à propos d'un homicide involontaire ? Cf. *supra*, n° 140 in fine. En irait-il de même pour un meurtre voire un avortement fatal ?

(19) Crim. 7 juin 1945, Lavaure, D. 1946.149, note Savatier, J.C.P. 1946. 2.2955, note Hémard, G.P. 1945.2.146.

(20) Crim. 20 février 1863, duc de Caderousse-Grammont préc, n° 68. Adde : Coups et blessures réciproques, Crim. 4 juillet 1929, D. 1929.429 ; Decocq, Th. préc., p. 101 et s.

(21) Crim. 7 juin 1952 préc., etc... cf. *supra*, n° 130 in fine et n° 11, note 4.

(22) Comp. de lege ferenda : Lobin, note au D. 1965.3 sous Civ. 1re, 10 avril 1964 (nécessité de révéler l'existence d'un assureur).

DEUXIEME PARTIE

DU PREJUDICE D'AFFECTION

« If you wrong us, shall we not revenge ? If we are like you in the rest, we will resemble you in that.»

(SHAKESPEARE)

157. — Les liens qui, par le canal des usages judiciaires, unissent sur ce point notre droit civil contemporain à l'Ancien Droit sont évidents. Leur réalité s'impose lorsque, par delà la motivation des arrêts, l'on recherche la finalité de l'Institution. L'action criminelle privée constitue historiquement, un tronc commun duquel sont issues la réparation du préjudice patrimonial réfléchi comme celle du préjudice extra-patrimonial réfléchi. Cependant, c'est la réparation du *pretium affectionis* qui reste, par sa finalité, la plus proche de l'action criminelle privée.

En outre, du point de vue de la technique juridique, le *pretium affectionis* présente une puissante originalité. Il mérite d'être étudié pour lui-même et en lui-même. D'une part, en effet, le préjudice d'affection est la *quintessence du dommage moral*. Or, la théorie généralement admise pêche dans la mesure où sous le vocable de dommage moral, elle englobe des chefs de préjudice trop différents les uns des autres. D'autre part, plus que toute autre, cette institution est prétorienne. C'est la jurisprudence qui en a admis le principe et en a élaboré la réglementation. Enfin, les controverses doctrinales n'ont jamais cessé. Aujourd'hui encore, les auteurs s'interrogent non seulement sur les modalités mais encore sur l'opportunité de la réparation du préjudice d'affection.

Nous consacrerons donc quelques observations préliminaires au principe même du *pretium affectionis*, tant il importe de justifier le maintien de cette institution avant d'analyser les modalités de sa réparation.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

DU PRINCIPE DE LA REPARATION

158. — Le dommage moral a suscité jadis des études théoriques considérables (1). Celles-ci présentaient un aspect « militant », dans la mesure où le principe même de la réparation rencontrait encore quelques résistances. Durant un demi siècle, le débat s'apaisa et les conclusions formulées par M. Givord en 1938 semblaient prémonitoires : « Les adversaires de la réparation du préjudice moral sont rares aujourd'hui. Au fur et à mesure que se perfectionnera la technique de cette réparation, ils disparaîtront » (2).

159. — La technique de cette réparation s'est insuffisamment perfectionnée. Aussi, sous le couvert de décisions scandaleuses ou incomprises (3) et de projets doctrinaux généreux (4), le principe même de la réparation du dommage moral est-il aujourd'hui remis en question par les puissances d'argent. De fait, les projets gouvernementaux en cours sont nés d'une politique financière et non d'un dessein principalement civiliste. Ils contredisent d'ailleurs les vœux jadis exprimés par le Parlement dans le dernier état d'un régime parlementaire effectif. Lors de l'élaboration de la loi du 31 décembre 1957, le président de la Commission de

(1) Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*, Th. Paris 1901 ; Ganot, *La réparation du préjudice moral*, Th. Paris 1924 ; Dubois, *Pretium doloris*, Th. Lyon 1935 ; Givord, *La réparation du préjudice moral*, Th. Grenoble 1938.

(2) Givord, *op. cit.*, n° 191, p. 279.

(3) Civ. 1re, 16 janvier 1962 préc., D. 1962.199, note Rodière (espèce du cheval Lunus).

(4) A. Tunc, *La Sécurité Routière*, Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation, Dalloz, éd. 1966.

la Justice déclarait devant l'Assemblée Nationale : « Nous souhaitons voir les tribunaux administratifs se rallier en matière de dommage moral à la jurisprudence des tribunaux judiciaires » (5).

Toujours est-il que le projet de Sécurité routière relatif aux accidents de la circulation risque d'être détourné de sa finalité initiale. Les Assureurs dont les liens organiques avec l'Etat-financier sont évidents n'en ont retenu que la diminution des indemnités et la nécessaire augmentation des primes. Les craintes nourries par MM. Starck et Savatier sur ce point sont légitimes (6). Toutefois, la déformation du droit de la responsabilité civile sous l'effet de l'assurance est telle que, jusqu'à présent, les plaidoyers pour le *pretium affectionis* sont rarissimes (7). Il faut pourtant rappeler que l'assurance de responsabilité, comme son nom l'indique, garantit une responsabilité civile *préexistante*. Il ne faut point inverser l'ordre des facteurs (8). Si l'on craint que la charge ne soit trop lourde pour l'assureur et que la responsabilité individuelle ne décline, il faut aménager la structure interne de l'assurance (p. ex. limiter les garanties, personnaliser les primes, accroître les recours et les causes de déchéance inopposables aux tiers) ou, à la rigueur (puisqu'il s'agit de sécurité collective et sociale) modifier les lois d'assistance mais non le droit de la responsabilité civile. Briser le thermomètre, ne réduit point la fièvre.

160. — Cependant, face à ces critiques, un nouvel examen des notions fondamentales relatives au dommage moral n'est nullement superflu.

En évoquant le domaine de la réparation, nous noterons que

(5) G. Cupfer (J.O. déb. parl. Ass. Nat., p. 5616 et 5617, 28 décembre 1957, n° 11) ; Adde : Dans le même sens, J. Isorni, rapporteur à l'Ass. Nat. (mêmes références) et Charlet, rapp. Cons. de la Rép. (J.O. ann. 77, P.V. séance du 10 décembre 1957. La « vox populi » n'est-elle pas plutôt en ce sens que dans les projets actuels, issus du sérail des bureaux anonymes de la Rue de Rivoli ?

(6) B. Starck, *Les rayons et les ombres d'une esquisse de loi sur les accidents de la circulation*, Rev. Tr. Dr. Civ. 1966, p. 635 à 685, spécialement n° 67. R. Savatier, *Sécurité routière et responsabilité civile*, D. 1967, Chron. 1 et s.

(7) Voy. toutefois R. Rodière, obs. Rev. Tr. Dr. Civ. 1965, p. 650, n° 4. (Mais il s'agit plutôt de pretium doloris au sens strict, cf. *infra*, n° 166 et s. et note 31).

(8) Comp. l'intervention d'un président de Cour d'assises selon le chroniqueur judiciaire du Figaro (7 décembre 1968, p. 10) : « ... Je dois vous dire que, si une condamnation pour crime intervient tout à l'heure, les victimes se trouvent devant un homme démuni. En revanche, s'il est démontré qu'il s'agit d'un homicide involontaire, les victimes se trouveront devant un homme tout aussi démuni, mais assisté d'une compagnie d'assurances... ».

le dommage moral n'est pas une notion monolithique et que seul le préjudice d'affection soulève des objections de principe.

En étudiant son fondement, nous verrons que, si l'on s'obstine à raisonner dans le cadre des notions dites « classiques » mais si récentes historiquement d'un droit de la responsabilité civile, individualiste, matérialiste et réparateur, le *pretium affectionis* est injustifiable.

SECTION I

DU DOMAINE DE LA REPARATION

La notion de dommage moral *lato sensu* est plutôt intuitive. Les définitions proposées sont vagues et négatives. Elles se placent généralement du seul point de vue de l'intérêt lésé. C'est le dommage « qui ne touche en aucune manière le patrimoine » (1) ou bien toute « souffrance humaine ne résultant pas d'une perte pécuniaire » (2).

161. — Au cours du XIX^e^ siècle, la possibilité d'accorder des dommages-intérêts en cas de souffrance non pécuniaire fut longuement débattue (3). Le problème présente un intérêt purement historique. Rappelons toutefois deux points incontestés.

En premier lieu, tout argument de texte est suspect dans la mesure où, d'une part, les rédacteurs du Code n'avaient pas envisagé en ce sens « la généralité de l'article 1382 » et où, d'autre part, les textes qui consacrent ou excluent la réparation d'un dommage moral sont spéciaux et, surtout, postérieurs à l'adoption du principe de l'indemnisation par le droit jurisprudentiel. Tel est le cas, par exemple des articles 301 § 2 du Code Civil et 3 § 2 du Code de procédure pénale.

En second lieu, l'on s'accorde à reconnaître que la source réelle de l'indemnisation en droit positif réside dans la tradition de l'Ancienne France vigoureusement reprise par la Cour Suprême dans de très anciens arrêts. C'est ainsi que, dès 1833, un arrêt des Chambres Réunies rendu sur des conclusions particulière-

(1) MAZEAUD-TUNC I, n° 293, p. 393, 6^e^ éd. ; Adde : CHAPUS, n° 407, p. 410 ; CARBONNIER, t. 2, n° 172.

(2) SAVATIER, t. 2, n 525, p. 92.

(3) Les ouvrages généraux consacrent d'importants développements à l'historique du droit positif (Voy. p. ex. MAZEAUD-TUNC, t. 1, n^os^ 297 à 299 et 318 et *supra*, n° 63, note 28 in fine). Adde : DORVILLE, *op. cit.*, p. 27 et s. et GIVORD, *op. cit.*, n^os^ 3 à 7 et 17 à 20.

ment explicites du procureur général Dupin admet implicitement mais nécessairement le principe d'une telle action (4).

162. — En revanche, il est abusif d'envisager, à l'instar de nombre d'auteurs, le problème de façon globale. Historiquement, le débat doctrinal et la résistance des juridictions inférieures au principe de l'indemnisation se manifestèrent à l'occasion du seul cas de l'atteinte aux sentiments d'affection nourris par le demandeur envers la victime d'un accident corporel (5). C'est ainsi que le premier arrêt de la Cour Suprême à admettre formellement l'indemnisation d'un préjudice d'affection pur de toute incidence pécuniaire date seulement du début de ce siècle (6)

Contrairement à la doctrine dominante, M. Givord définit avec bonheur le dommage moral non par son point de départ, la lésion d'un intérêt extra-patrimonial, mais par son aboutissement : « Une réparation pécuniaire est insusceptible de constituer une réparation *adéquate* du dommage » (7).

D'un même point de vue, nous proposons de distinguer deux degrés. Dans la quasi totalité des hypothèses, la réparation en équivalent (sic) pécuniaire est certes inadéquate. Du moins, est-elle de nature à apporter à la victime immédiate des « satisfactions » avouables et légitimes qui, au surplus, entretiennent fréquemment des rapports intimes avec la souffrance morale originaire. En revanche, lorsqu'il s'agit du préjudice moral réfléchi ou préjudice d'affection, le « prix de la douleur » constitue une satisfaction totalement inadéquate voire immorale et sans aucun rapport avec la souffrance originaire.

§ 1. — DES SOUFFRANCES MORALES INVOQUEES PAR LA VICTIME IMMEDIATE.

163. — Aujourd'hui, le domaine de la réparation englobe toutes les souffrances morales subies par le demandeur à titre personnel comme victime immédiate du fait générateur de responsabilité civile. Ces catégories de dommages moraux défient l'énumération mais non l'esprit de système. En regard du caractère plus ou moins inadéquat de la réparation pécuniaire, nous distinguerons trois types d'intérêts lésés.

(4) Ch. Réunies, 15 juin 1833, S. 1833.1.458, concl. Dupin.

(5) Comp. l'importance relative des développements consacrés par les auteurs au pretium affectionis, cas spécial a priori (P. ex. in MAZEAUD-TUNC I, n°s 320 à 328, p. 397 à 412, 5e éd.) et aux autres cas dont « l'énumération est impossible » (sic) selon MM. MAZEAUD et TUNC (n° 295, p. 379, une dizaine de lignes au total).

(6) Crim. Rej., 8 août 1908, Quinto c/ Oulif, B., ,n° 853, p. 661. Cf. *infra*,, n° 183 et s.

(7) GIVORD, n° 1, p. 8.

164. — Esmein avait opportunément relevé qu'un « préjudice ne comporte réparation qu'en raison de la souffrance qui en résulte ; et que cette souffrance est d'abord une souffrance morale, même lorsqu'il s'agit du dommage causé aux biens » (8). L'atteinte à un bien corporel est en effet, susceptible de causer un dommage disproportionné à sa valeur vénale ou à sa valeur de remplacement (9). L'homme attache fréquemment à la possession d'un bien une *valeur subjective* supérieure à celle qui résulte de la loi objective du marché, si dépourvue de poésie. Dans la mesure où l'attachement du demandeur ne revêt pas un aspect pathologique — auquel cas l'on pourrait faire appel à la théorie des prédispositions (10) —, la réparation du dommage doit tenir compte de ce préjudice.

Comme chacun sait, « les choses inanimées ont une âme qui s'attache à notre âme ». La perte d'un bien de famille ou d'un souvenir, par exemple, constitue un préjudice mi-matériel, mi-moral qui excède la valeur vénale de la chose, qu'elle soit animée ou non. Tel est à notre sens, la signification profonde de l'arrêt Lunus (11).

Si mal rédigé soit-il, cet arrêt n'introduit pas l'animal dans le Droit. En effet, à la différence d'un concubin, s'il avait survécu, Lunus n'aurait pas été recevable à agir en justice.

Unanimes dans leur condamnation de « l'arrêt du cheval », les auteurs ont même suggéré que les magistrats de la Cour ont rendu cet arrêt dans les dispositions d'esprit de certain empereur qui fit de son cheval, Incitatus, un consul. Lunus ne semble quand même pas doté de la personnalité juridique ! Il reste une chose animée et la Cour Suprême infléchit, au demeurant, la termino-

(8) Rev. Crit. Leg. Jur. 1927, p. 516 2°.

(9) B.G. : Cf. MAZEAUD-TUNC, t. 3, n° 2402 et s.

(10) P. ex. L'attachement à un chien dressé patiemment, compagnon de jeux des enfants, dont la vue est associée au souvenir de leurs jeunes années et aux joies de la chasse et de la nature est normal. Aucun propriétaire ne consentirait à le céder pour sa valeur vénale à un laboratoire médical.

En revanche, la « projection » psycho-pathologique d'une personne esseulée dans son chien ne peut être retenue que pour une partie infime. Mais ici, c'est l'Homme qui s'abêtit et non l'inverse.

Comp. sur la « réceptivité personnelle » de la victime : Civ. 2e Rej., 7 décembre 1966, Lambert, J.C.P. 1967.IV.7 (pensionné à 100 % dès avant l'accident) et Civ. 2e Rej., 19 juillet 1966, D. 1966.598 (Borgne puis aveugle). Le calcul des infirmités multiples ne s'imposant pas en droit commun, le juge du fond reste souverain pour apprécier les conséquences de l'accident, qu'il tienne compte (Civ. 2°, 7 déc. 1966 préc.) ou non (Civ. 2°, 19 juillet 1966) de l'état physiologique antérieur.

(11) 1re Civ. 16 janvier 1962, Fabre c/ Daille, J.C.P. 1962.2.12557, note Esmein, D. 1962.199, note Rodière, S. 1962.281, note Foulon-Piganiol. Comp. plutôt en notre sens l'analyse de Mme FOULON-PIGANIOL, préc. I, in fine. *Contra* : ESMEIN préc. ; RODIÈRE préc. ; CARBONNIER, t. 2, n° 173 in fine... Pourtant, M. CARBONNIER n'a-t-il pas mis en évidence la notion d' « étreinte effective et affective de la chose » (t. 3, éd. 1969, n° 44, p. 147) ?

logie des juges du fond : Il ne s'agit plus de « préjudice moral » mais de « préjudice d'ordre subjectif et affectif » (12).

L'arrêt eut donc moins étonné s'il s'était agi d'un cheval de bois, seul souvenir d'un enfant prédécédé quoique sans valeur vénale.

Rejeter de tels chefs de préjudice hors du Droit, c'est mutiler l'Homme pour ne voir en lui qu'un commerçant en puissance. De même qu'un peintre, même amateur, n'est pas un marchand de tableau, un propriétaire d'écurie de course n'est pas un maquignon. Il n'est donc pas nécessairement un vendeur potentiel. Seule la collectivité peut contraindre un sujet de droit à se dessaisir d'un bien. Il suffirait donc de mettre l'accent sur l'idée de valeur subjective et non sur celle de préjudice affectif. A défaut l'on sombre, en effet, dans le ridicule de la « jurisprudence Myrza », certain jugement ayant déclaré : « Les intérêts d'affection méritent protection, qu'il s'agisse d'un être humain ou d'un animal » (13)

165. — Les atteintes à la partie sociale du patrimoine moral sont également liées à un préjudice pécuniaire (14). Pour nous borner aux hypothèses classiques, les atteintes à la réputation ou à l'honneur (15), au droit au nom (16), à l'inviolabilité de la correspondance (17), au droit moral de l'auteur sur son œuvre (18), comportent usuellement des incidences pécuniaires.

En revanche, les atteintes à la situation familiale sont en général pures de toute conséquence patrimoniale directe : Atteinte au respect dû aux morts de la famille (19), ainsi qu'à leurs

(12) « A. qu'indépendamment du préjudice matériel qu'elle entraîne, la mort d'un animal peut être pour son propriétaire la cause d'un *préjudice d'ordre subjectif* et affectif susceptible de donner lieu à réparation ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a pu estimer que le préjudice subi... *ne se limitait pas à la somme nécessaire pour acheter* une autre bête possédant les mêmes qualités ».

Comp. ces motifs et les développements ci-dessus.

(13) Cf. les critiques de M. Tunc à la suite de ce jugement du Tribunal de Grande instance de Caen (30 octobre 1962, D. 1963.92, J.C.P. 1962.2.12954) indemnisant les propriétaires d'une chienne « mordue cruellement » (Rev. Tr. Dr. Civ. 1963, p. 93 et s.) ...et vraisemblablement traumatisée... ce qui justifierait le pretium affectionis en dépit de la survie ! ! Cf. infra nos 204 et s.

(14) En ce sens : Mazeaud-Tunc, t. 1, 6e éd., n° 295. *Contra :* Chapus, n° 407.

(15) B.G. : Givord, nos 26 et s. ; Chapus, n° 408 ; Savatier, n° 532 ; Tr. Gr. Inst. Seine, 1er avril 1965, D. 1965.S.122 (Contribution involontaire à un roman film).

(16) B.G. : Givord, nos 23 et s. ; Savatier, n° 535.

(17) Crim. 24 mai 1960, Proc. Gen. Paris, J.C.P. 1960.2.11858, note Savatier. Comp. Civ. 1re, 12 juin 1965, D. 1965.627 (secret professionnel d'un religieux : non).

(18) B.G. : Givord, nos 29 et s. ; Savatier, n° 534 bis.

(19) B.G. : Mazeaud-Tunc, nos 1923 et s.

cadavres (20), rupture d'une promesse de mariage (21), privation des joies du mariage (22), manquement aux devoirs de fidélité (23) ou de cohabitation (24), situation de « divorcé » (25), violation des droits de garde ou de visite etc... Il en va de même des atteintes aux libertés et convictions de l'individu considéré en tant que citoyen (26).

Dans tous ces cas, l'allocation d'une indemnité est utile. Elle permet de faire taire la calomnie, de faire constater l'erreur de l'adversaire ou de briser sa résistance indue (violation du droit de garde). Le franc symbolique suffit fréquemment mais, parfois une sanction pécuniaire est nécessaire. D'ailleurs, si la victime n'a pas les moyens pécuniaires de faire savoir qu'elle a obtenu gain de cause, il faut lui accorder cette possibilité (publication aux frais de l'adversaire).

Ces « satisfactions » étaient connues et pratiquées dans notre ancienne France. On les englobait alors sous le vocable de « Réparation d'Honneur ». Comme l'exposait Guyot : « La Réparation d'honneur qui s'accorde à la personne de qualité ne s'allie que rarement à la Réparation pécuniaire : Ne tirant point sons existence de sa réputation, dont sa fortune est indépendante, on ne voit aucun motif de lui accorder des dédommagements utiles. Une raison contraire veut qu'on allie ces dédommagements à la Réparation d'honneur lorsque l'injure est faite à des citoyens d'un rang moins élevé et qu'elle nuit en même temps à leur fortune. Il ne faut point que la Réparation pécuniaire puisse être présumée tenir lieu de l'injure ; autrement elle serait contradictoire avec la *Réparation d'honneur qui doit être exempte de tout soupçon de cupidité*. Ainsi, lorsque celui qui l'obtient pour une simple offense, veut faire condamner la partie adverse à une peine pécuniaire, il la fait prononcer applicable à différentes œuvres » (27).

(20) B.G. : Luce, *Le régime juridique des autopsies*, J.C.P. 1964.I.1827 ; T. Adm. Bordeaux, 15 novembre 1963, Vincent, J.C.P. 1964.2.13584.

(21) Voy. décisions citées in Merlin, *op. cit.*, éd. 1828, V° Dommages-Intérêts Fiançailles, n° 9.

(22) Cf. arrêt du Parlement de Paris du 12 août 1556, cité in Denisart, *op. cit.*, t. 2, V° Dommages et Intérêts, n° 15 (Mari impuissant).

(23) Astreinte ordonnée par Toulouse, 29 juin 1864, D. 1864.2.174. Comp. Paris, 26 novembre 1965, D. 1966.S.66 (Refus d'indemnité à l'épouse adultère pour dénonciation par tiers de l'adultère au mari) ; Paris, 9 novembre 1964, D. 1964.294,, note P. E. (1.000 Frs à l'épouse bafouée).

(24) Refus d'accès au domicile conjugal : Civ. 1re, 9 novembre 1965, D. 1966.80 et la note du rapporteur Jean Mazeaud.

(25) Art. 301, § 2 C. Civ.

(26) B.G. : Givord, nos 28 et s. ; Savatier, nos 535 bis et 537 ; Chapus, nos 410 et s.

(27) Guyot, *Réparation d'honneur*, Rep., t. 15, p. 216. Adde : Domat, *Droit public*, L. 3, t. 1, *op. cit.*, p. 197 préc. ; De Ferrière, *op. cit.*, éd. 1771, t. 2, p. 554 (principe : un « mea culpa solennel ») ; Grotius cité in Feenstra, Etudes Petot, p. 160, éd. 1959.

166. — Les atteintes à l'intégrité corporelle du demandeur, abstraction faite de leurs conséquences pécuniaires, sont génératrices de souffrances humaines diverses. Les tribunaux tiennent compte notamment de préjudices corporels qui n'affectent pas les revenus de la victime (calcul « au point » pour l'incapacité de travail d'un retraité) et se traduisent par une gêne fonctionnelle ou une privation des joies de l'existence (préjudice d'agrément). Ce préjudice d'agrément est lui-même source de traumastiques psychiques ultérieurs, spécialement dans l'hypothèse d'un enfant écarté des jeux de son âge (préjudice juvénile) ou d'une jeune fille condamnée à refuser sa propre image (préjudice esthétique). Il en va de même de la douleur physique, compensée autant que faire se peut par le *pretium doloris stricto sensu*.

Le *pretium doloris* correspond, pour le passé, à la dépense d'énergie considérable, vaine et irréversible, qui permet à l'Homme de surmonter sa douleur : Qu'est-ce que la pénibilité du labeur d'un travailleur de force auprès d'une brûlure des voies respiratoires ? Pour l'avenir, l'indemnité tient compte implicitement des syndromes à base d'épuisement physique et de l'abrègement probable de l'existence. Telles sont, en effet, les suites nécessaires d'une douleur physique intense (28). Or, elles ne sont indemnisées au titre de l'incapacité permanente de travail que lorsqu'elles atteignent un seuil relativement élevé.

L'octroi d'une indemnité pécuniaire n'est donc jamais totalement inadéquat. Aussi, le « projet Tunc » admet-il de telles indemnisations si elles sont compatibles avec le « maintien des primes à un niveau raisonnable » (29), préoccupation que nous ne pouvons partager du point de vue du droit civil. En définitive, les controverses actuelles concernent uniquement l'hypothèse où le demandeur n'est pas la victime immédiate de l'atteinte à l'intégrité corporelle (30).

§ 2. — DES SOUFFRANCES MORALES SUBIES PAR RICOCHET.

167. — Un dommage subi à titre principal par un sujet de droit, cause, par répercussion, une souffrance morale à un tiers. A la vérité, l'hypothèse essentielle est celle du préjudice d'affec-

(28) En ce sens : P. Esmein, note D. 1966.181 et Civ. 2e, 13 mars 1967, D. 1967.591.

(29) Sécurité routière, *op. cit.*, n° 50 in fine. Comp. « Comment mettre fin à un grand gaspillage ? » par A. Tunc in Le Figaro du 7 décembre 1968, p. 14 (Rubrique Economie et Finances).

(30) En ce sens, obs. Durry, Rev. Tr. Dr. Civ. 1966, p. 804, n° 3 sur Tr. Gr. Inst. Seine, 10 mars 1966, ,G.P. 1966.I.403 (Impossibilité de se faire rendre justice).

tion en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle d'un être cher (31). En effet, l'atteinte à la « partie sociale » d'une personne est susceptible de léser immédiatement et directement un proche (Don Diègue : « ...Un affront si cruel, — Qu'à l'honneur de *tous deux* il porte un coup mortel... Va, cours, vole et *nous* venge. »). Le proche agit alors comme victime immédiate d'un déshonneur qui l'atteint directement. Au surplus, l'octroi de plusieurs francs symboliques ne soulève pas de difficultés financières majeures. C'est ce qu'admet une jurisprudence séculaire (32).

168. — A la différence des chefs de préjudice envisagés précédemment (33), la réparation du préjudice d'affection fut admise difficilement. En droit privé, elle se heurta tout au long du XIX[e] siècle à la résistance des juges du fond. En droit public, l'on sait que jusqu'à une époque récente (34), le Conseil d'Etat se refusait à indemniser la douleur morale à l'état pur. Aujourd'hui encore, il accorde en fait une simple indemnité de principe (35), du moins en l'absence de troubles aux conditions d'existence. La différence dans l'évaluation des indemnisations confirme que la notion de troubles dans les conditions d'existence recouvre un

(31) *Terminologie* : Dans une saine terminologie, le *quantum doloris* est le degré de la douleur physique et le *pretium doloris* son indemnisation. De même le *pretium affectionis* est le prix de la douleur morale résultant d'une atteinte aux sentiments d'affection.

Doctrine et arrêts ne respectent pas cette terminologie, aussi devrons-nous user parfois de l'expression « pretium doloris » pour qualifier le préjudice d'affection. (Bien plus, l'on parle fréquemment de « dommage moral » pour viser le pretium affectionis. A vrai dire, le contexte évite le plus souvent tout risque de confusion, mais cf. toutefois *supra*, notes 7, 12 et 30).

(32) Parlement de Grenoble, 16 février 1667, cité in Rep. Dalloz, t. 28, éd. 1854, V° Instr. Crim., n° 98, p. 73 (Injure envers l'épouse : la réparation d'honneur est due au mari qui ne peut se voir opposer la transaction qu'il a ratifiée es-qualités au nom de son épouse). Adde : Douai, 19 mai 1845, D.P. 1845.4.12 (outrages contre le garde chasse de la duchesse de Montmorency) ; Montpellier, 12 novembre 1855, D.P. 1856.2.141 (père d'une fille diffamée : « blessé dans sa considération personnelle »).

(33) Réserve faite du pretium doloris en droit administratif avant l'arrêt Comm. de Grigny (C.E. 6 juin 1958, D. 1958.551). Aujourd'hui, le Conseil d'Etat accorde des indemnités importantes : 40.000 Frs pour le « préjudice esthétique et les souffrances subies » du fait d'une amputation (C.E. 19 mai 1965, sieur Sarotte, Req. 59.255, Bull. D. Adm. 1965, n° 223)

(34) C.E. 24 novembre 1961, ,Letisserand, Rec. 661, J.C.P. 1962.2.12425, note Luce, D. 1962.34, concl. Heumann, S. 1962.82, note Vignes et les études de MM. MORANGE (D. 1962, Chron. 15), LUCE (J.C.P. 1962.I.1685), WALINE (R.D.P. 1962, p. 330 et s.).

Sur l'état de la jurisprudence antérieure, voyez concl. DELAVALLE devant T. Adm. Lille, 28 février 1958, D. 1958.216 et s. ; DE BAECQUE préc. R.D.P. 1944, p. 212 à 218 ; MORANGE préc., D. 1948, chron. 105 et s. ; FOUGÈRE, concl. devant C.E. Ass. Plén., 29 octobre 1954, D. 1954.767 et s.

(35) 1.000 Frs au père du défunt (LETISSERAND préc. ; idem C.E. 11 décembre 1963, R.D.P. 1964.711, n° 3) ; 2.000 Frs au fils majeur (C.E. 24 juin 1964, R.D.P. 1964.1044, n° 4).

préjudice mixte dont la pure douleur morale n'est que l'un des éléments (36).

169. — Ces résistances sont compréhensibles. En premier lieu, en effet, lorsque la victime immédiate invoque personnellement une souffrance sérieuse, tout risque d'un raz-de-marée d'actions est exclu puisque le demandeur ne peut se créer son propre titre à indemnité. En second lieu, même si la réparation pécuniaire ne constitue pas un équivalent, du moins permet-elle des satisfactions ou des « distractions » au sens pascalien du terme. Ce substitut n'est pas choquant puisque le bonheur perdu ne s'incarnait pas en un « cher disparu » : Les dommages-intérêts ne sont donc ni inutiles, ni immoraux. Au surplus, la victime monnaie elle-même sa propre souffrance.

De tous ces points de vue, la réparation du préjudice d'affection présente des caractères opposés. Son fondement est étranger à toute notion de réparation *stricto sensu*.

(36) En ce sens : WALINE, R.D.P. 1962.331. Confirmé par les chiffres suivants : 25.000 Frs pour troubles résultant de la perte d'un fils mineur (C.E. 14 juin 1963, D. 1964.326), 15.000 Frs pour fils de 15 ans (C.E. 6 mai 1964, R.D.P. 1964.1044, n° 3). Cf. *supra*, 1re partie, nos 106 et 134 in fine.

SECTION II

DES FONDEMENTS DE LA REPARATION

170. — En 1964, le doyen Carbonnier exprimait une opinion communément partagée alors : « L'allocation d'un *pretium doloris* aux proches du défunt continue à avoir chez nous des adversaires de principe pour des raisons éthiques et pratiques à la fois dont il serait superflu de reprendre encore une fois l'exposé... La question est maintenant vidée en droit positif » (1).

Si l'exposé de thèses diverses reste superflu, il est nécessaire de souligner aujourd'hui les fondements et l'opportunité du *pretium affectionis* car un revirement du droit positif n'est pas exclu. Par delà les conceptions classiques de la responsabilité civile, cette institution puise sa source dans un fonds coutumier traditionnel.

§ 1. — SATISFACTION DE LA VICTIME IMMEDIATE.

171. — La thèse dite classique consiste à insérer le dommage moral dans le cadre du droit moderne de la responsabilité civile. L'on sait que l'objet de cette branche du droit consiste dans la réparation des dommages : réparation en nature et, à défaut en équivalents, pécuniaires ou non. Les techniques de l'évaluation sont complexes et relèvent en grande partie du pouvoir souverain du juge du fait (2). Du moins la finalité consiste-t-elle à « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit » (3). Observons toutefois que, lorsqu'il s'agit de dommage moral et non plus

(1) *Op. cit.*, Rev. Soc. Jur. Bern. 1964, p. 309.
(2) Cf. *supra*, n° 143.
(3) Civ. 2°, 1er avril 1963, Sohy c/ Champenois, D. 1963.452 ; Adde : Civ. 2°, 31 mars 1965, Donne c/ Brule, D. 1965.S.111.

de carosseries froissées, la Cour Suprême évite prudemment de préciser le sens de « réparer » (4).

La thèse satisfactoire postule que « réparer », au sens de l'article 1382, « ce n'est pas toujours refaire ce qu'on a détruit, c'est le plus souvent donner à la victime la possibilité de se procurer des satisfactions équivalentes à ce qu'elle a perdu » (5). Dans cette optique, il y aurait donc une simple difficulté d'évaluation. Quant à la petitesse des demandeurs « satisfaits », elle est mise au passif de la nature humaine : « Peu de chose nous console, parce que peu de chose nous afflige » (Pascal).

172. — Cette thèse est acceptable, à la rigueur, lorsqu'il s'agit d'une souffrance morale subie personnellement et principalement par le demandeur. D'une part, en effet, le préjudice n'est jamais purement pécuniaire (6). D'autre part, le demandeur ne bat pas monnaie à partir de la douleur d'un tiers. Enfin, et surtout, il est libre de pardonner ou non au tiers : c'est pourquoi la transmissibilité à ses héritiers de son action se heurte à tant de résistances (7).

En revanche, lorsqu'il s'agit du préjudice d'affection, si l'on raisonne dans le cadre des notions classiques, la « réparation » est tout à la fois illogique puisque l'on ne peut passer du domaine affectif pur au domaine pécuniaire. et immorale puisque le demandeur témoigne par là de sa bassesse. Partant, la « réparation » (sic) est inopportune C'est pourquoi, à l'instar du Président Blin, nombre d'auteurs qui se ralliaient jadis à la théorie satisfactoire, veulent maintenant abolir le préjudice d'affection : Ils se refusent à « rétablir la notion de peine privée, depuis longtemps bannie de notre droit » (8), affirmation bien contestable au demeurant.

§ 2. — PEINE PRIVEE AU PROFIT DE LA FAMILLE DU DEFUNT.

La peine privée n'est nullement bannie de notre Droit. En outre, elle constitue le seul fondement logique et moral de la réparation du préjudice d'affection.

(4) Civ. 2e, 28 novembre 1962, D. 1963.77.

(5) Mazeaud-Tunc I., 5e éd., p. 389 in fine.

(6) Comp. Laborde, Rev. Crit. Leg. Jur. 1894, p. 26 et Carbonnier, *op. cit.*, Rev. Soc. Jur. Bern. 1964, p. 305 in fine.

(7) Voy. p. ex. Civ. 2e, 21 décembre 1965, D. 1966.181, note Esmein. B.G. : Mazeaud-Tunc, t. 2, n° 1905 et s.

(8) Blin, Rapport Commission d'Etudes des problèmes de la responsabilité civile (Ministère de la Justice) le 5 février 1965 (Inédit p. 13) : « Ne craint-on pas... de rétablir la notion de peine privée, depuis longtemps bannie de notre droit ? ». Adde : ... « une solution manifestement contraire aux principes », M. Tunc in Mazeaud-Tunc, 6e éd., t. 1, p. 408. Comp. les conclusions de la « Table Ronde » des assurances (Rev. Gen. Ass. Terr. 1964, p. 270 et s.).

173. — La peine privée est une notion familière à la doctrine contemporaine. Le scientisme dogmatique de la fin du XIX° siècle aimait à concevoir l'absence de tout moyen terme entre l'action civile et l'action publique. Depuis les travaux de MM. Hugueney et Starck (9), nul ne conteste la multiplicité et la diversité des manifestations modernes de la peine privée.

Le critère de la peine privée est complexe : Elle présente un aspect objectif par sa sanction puisque la « réparation » est supérieure au montant du dommage. En revanche, les conditions de sa mise en œuvre relèvent de finalités subjectives : Le juge s'intéresse plus aux agissements et à la personnalité du défendeur qu'au « dommage » allégué par le demandeur (10) Tel est bien le critère téléologique qui préside à la réparation du dommage moral en général et du préjudice d'affection en particulier.

174. — Cette réparation est, en effet, une peine privée. Sa source juridique réside dans une longue tradition coutumière dont la jurisprudence contemporaine s'est faite l'héritière sous le couvert de la « généralité de l'article 1382 » d'une part, et du pouvoir souverain du juge du fait dans l'évaluation du dommage d'autre part.

En effet, la théorie « satisfactoire » est équivoque. Comme l'observe M. Waline, le *vocable de « satisfaction »* n'est pas sans évoquer les satisfactions rendues sur le pré (11) et non dans le prétoire. « Ce que vise la condamnation, c'est la punition de l'auteur » du fait générateur de responsabilité (12).

De fait, sans énerver pour autant la répression pénale, le recours à la peine privée permet, sous le couvert d'une prétendue « réparation » du dommage moral, d'atteindre le responsable. C'est ainsi que les tribunaux accordent désormais des indemnités considérables en cas d'atteinte à la vie privée par la presse dite « du cœur ». Comme l'écrit le Président Mimin, « les éditeurs n'ont qu'un seul et même but, qui est d'équilibrer le budget » (13). Aussi, peu soucieux du degré de respectabilité du demandeur, Inconnue qui eût souhaité le rester (14), Mme Veuve Gérard

(9) L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Th. Dijon 1904 et *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX° siècle*, in Etudes Ripert, t. 2, p. 249 et s. ; B. Starck, Th. Paris 1947 précitée. Nous ne songeons pas ici à annexer ces auteurs à notre thèse relativement au cas spécial du pretium affectionis. Du moins, ont-ils établi la survivance de la peine privée en droit positif.

Adde récemment l'interprétation de l'article 1307 C. Civ. proposée par M. Malinvaud dans sa thèse (« La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat », Paris 1965, n° 190 notamment).

(10) Hugueney, Th. préc., p. 28 et s.

(11) R.D.P. 1962, p. 333.

(12) Ripert, *La règle Morale*, n° 181 in fine, p. 348.

(13) Note au D. 1966.51 in fine.

(14) Nancy, 9 juillet 1964, D. 1966.47, note Mimin.

Philippe (15), voire même Brigitte Bardot (16), les magistrats essaient de « déséquilibrer les budgets » des fautifs. L'idée pénale est donc évidente.

175. — La réparation du préjudice d'affection est, plus que toute autre, odieuse si l'on y voit une « satisfaction ». Un courant doctrinal considérable et traditionnel a toujours considéré la réparation de la douleur morale comme une manifestation pénale, expiatoire voire propitiatoire.

Pour les canonistes, l'argent ne pouvait compenser la douleur des vivants : Il s'agissait donc d'une satisfaction destinée à l'âme du défunt (17). Selon Merlin de Douai et Sourdat, l'action est intentée *ex vindicta* (18). Selon Aubry et Rau, la réparation doit être liée à la constatation d'une infraction pénale (19). Plus récemment, Ripert écrit : « Il serait profondément immoral de dire que celui qui a été atteint dans ses sentiments se consolera de cette atteinte grâce à l'indemnité qu'il recevra... Il suffirait de dire que la victime médiate a été satisfaite quand elle a touché l'indemnité obtenue, pour la rendre plus odieuse que l'auteur du dommage. Ce que vise en réalité la condamnation, ce n'est pas la satisfaction de la victime, mais la punition de l'auteur... Il y a peine privée, parce qu'il faut prononcer la peine sous couleur de réparation » (20).

Telle est notamment l'opinion de MM. Boulanger, Carbonnier, Demogue, Esmein, Flour, Givord, Rodière, Savatier, Trotabas, Voirin, Waline (21). L'on remarque en outre que MM. Mazeaud critiquent les peines privées en général au nom des principes (22), mais admettent que les tribunaux en font effectivement application « à titre accessoire » (23) ce qui signifie que concrètement la peine privée est pratiquée sous le couvert d'autres vocables.

(15) Paris, 13 mars 1965, J.C.P. 1965.2.14223.

(16) T. Gr. Inst. Seine, 24 novembre 1965, J.C.P. 1966.2.14521 et Paris, 27 février 1967, D. 1967.451.

(17) En ce sens : Feenstra, *Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius*, Et. Petot, p. 157 et s. spécialement p. 160 (éd. 1959).

(18) *Op. cit.*, n° 54, p. 41 (Cf. *supra*, n°s 59 et s.).

(19) 5e éd., t. VI, p. 345 et s.

(20) La Règle Morale, n° 181, p. 347.

(21) Ripert et Boulanger, t. 2, n° 998, p. 377 ; Carbonnier, t. 2, n° 172, p. 584 (... « une sorte de peine privée ») ; Demogue, Rev. Tr. Dr. Civ. 1909, p. 892, n° 3 ; Esmein, Rev. Crit. Leg. Jur. 1927, p. 516 et in Ripert, t. VI, 2e éd., n° 546 ; Flour, Cours préc. 1964-65, p. 622 ; Givord, ...(« la satisfaction résultant de la punition »), n° 84, p. 127 ; Rodière, n° 1608, p. 227 c. ; Savatier, t. 2, n° 560 in fine (« peine privée qu'on lui impose ») ; Trotabas, note au D.P. 1928.3.21 sous C.E. 1er juillet 1927 ; Voirin, note au D.P. 1930.1.49.II.B (... « but répressif par exemple... pour préjudice moral ») ; Waline, obs. in R.D.P. 1962, p. 333 préc.

(22) N° 2357, p. 491, t. 3.

(23) T. 1, n° 314, p. 392, 5e éd. Comp. Morel, *op. cit.* : « L'idée de sanction reste vivace dans l'opinion générale ; elle inspire souvent les décisions... mais ce n'est pas légal » (p. 55). L'on est tenté d'ajouter : « Mais cela est ».

La doctrine dominante adopte donc le système de la peine privée ou, du moins, elle le reconnaît comme norme effectivement suivie par les tribunaux.

176. — L'idée de peine privée comporte des conséquences logiques. En premier lieu, la peine devrait être exclue lorsque la responsabilité est fondée sur le risque, c'est-à-dire sur l'article 1384. Toutefois, l'on sait que, d'une part la jurisprudence récente relative au rôle passif de la chose atténue le caractère de responsabilité de plein droit de l'article 1384 § 1, et que, d'autre part, en assimilant le défaut de maîtrise d'un véhicule à une faute prouvée, elle rapproche la portée de l'article 1382 de celle de l'article 1384.

En second lieu, la peine devrait atteindre le responsable et non la collectivité. L'hostilité du Conseil d'Etat envers la réparation de la douleur morale s'explique ainsi (24). Il en va de même pour la nécessité de « personnaliser » les polices d'assurance voire d'instituer (en cas de faute *prouvée*) des limitations de garantie proportionnées à l'importance du dommage ainsi qu'aux revenus du responsable. Rien ne s'oppose à ce que, en cas de faute grave même non dolosive, l'auteur d'un accident mortel doive rembourser à son assureur une somme soumise à un double minimum, par exemple 20 % du dommage ou 6 mois de revenus effectifs. Est-ce trop pour un homicide même accidentel ? Il y aurait ici un heureux substitut à la vanité de la répression pénale en la matière.

Enfin, la peine ne doit profiter qu'à la victime immédiate, ou à défaut, à un « vengeur qualifié ». Au surplus le monopole de l'action est justifié, du point de vue du coupable, par la maxime : « *non bis in idem* ». La victime immédiate dispose du monopole de la vengeance ou de la clémence. Lorsqu'elle survit, ses proches n'ont donc pas le droit d'agir (25).

Voyons dans quelle mesure les modalités de l'attribution d'une indemnité du fait d'un préjudice d'affection correspondent, en droit positif, à ce schéma théorique.

CHAPITRE I. — De la « réparation » du préjudice d'affection au cas d'accident mortel

CHAPITRE II. — De la « réparation » du préjudice d'affection au cas de survie de la victime immédiate.

(24) En ce sens : Règle Morale, n° 183 4°, p. 354 ; WALINE, note préc. ; TROTABAS, note préc.

(25) L'opposition entre l'hypothèse du décès et celle des blessures comporte des moyens termes évoqués brièvement au texte (notamment l'exercice de l'action du défunt post mortem).

CHAPITRE I

DE LA « REPARATION » DU PREJUDICE D'AFFECTION AU CAS D'ACCIDENT MORTEL

« L'arbitraire est ici dans la nature des choses et il peut tourner à bien parce qu'il permet au juge de prononcer des peines civiles sans limite aucune ».

LAURENT (1).

177. — Le problème dit de la « liste des ayants droit » à réparation du préjudice d'affection a donné lieu à des études théoriques considérables et néanmoins opposées (2). En ce domaine plus qu'en tout autre il est malaisé d'enserrer la jurisprudence dans une formule abstraite conçue a priori. La nature même du « dommage » implique une part d'arbitraire judiciaire.

Il importe tout d'abord de préciser le cas envisagé. Il s'agit d'un préjudice moral réfléchi pur de tout aspect patrimonial et résultant du décès rapide de la victime immédiate par suite de l'accident.

Ecartons donc le cas d'une survie provisoire. Il nous conduirait à nous interroger sur le sens et la portée de l'abstention de la victime ou bien, au contraire, sur la possibilité de poursuivre une action intentée de son vivant Cette difficulté sera envisagée à l'occasion de l'accident non mortel (3).

(1) Responsabilité, t. XX, p. 415 in fine (3e éd. 1878). A l'instar de Laurent, nous ne pensons pas que, en la matière, le qualificatif « arbitraire » soit péjoratif si, du moins, l'on se fonde sur l'idée de peine.

(2) B.G. : MAZEAUD-TUNC, t. I, éd. 1965, n° 320 à 328 ; RODIÈRE, n°s 1608 et s. ; H. MAZEAUD, D.H. 1932, Chr. p. 79 et s. ; MARTY, note S. 1931.1.145 préc. (§ 2) ; RIPERT, D. 1948, Chr. p. 1 et s. ; GIVORD, p. 144 à 173 ainsi que nombre d'études précitées à l'occasion du dommage matériel réfléchi.

(3) Cf. *infra*, n° 211.

178. — Il importe également de rappeler la double originalité de ce type de dommage.

D'une part, le préjudice subi est facilement invocable car la douleur morale est un fait. La certitude est difficilement obtenue en ce domaine puisque, s'agissant d'un état d'âme, le déplacement de la preuve conduit à analyser les circonstances et notamment les manifestations extérieures de la douleur morale, ce qui conduirait par exemple à avantager les familles méditerranéennes voire même à prendre en considération la souffrance morale de l'admirateur de la victime. A moins de reconnaître explicitement son état pathologique, comment nier sa douleur morale s'il avait matérialisé son affection par le versement antérieur de cotisations à quelque club des amis du défunt. En somme, sans être aberrante, la notion de certitude d'une douleur morale ne peut être assimilée à celle d'une perte pécuniaire. Son corollaire, la technique de « l'évaluation » reste mystérieuse. Contrairement aux opinions avancées par les tenants de la thèse satisfactoire, il semble que, dans la logique de leur système, plus le demandeur est riche, plus sa « distraction » est onéreuse : N'est-il point blasé ? (4).

D'autre part, à moins d'être un bien triste personnage, nul ne quitte ce bas-monde sans susciter quelques regrets. Les plus chanceux, les plus riches, les plus sociables ou les plus féconds suscitent une foule de peines sincères. Or, en matière quasi-délictuelle, tout dommage, même modique, est réparable : A priori, le risque du raz-de-marée d'actions est donc ici une réalité. La douleur des uns n'apaise nullement celle des autres. Elles se nourrissent mutuellement par leur manifestation, comme en témoigne la pratique des « pleureuses » antiques.

Ce problème de la multiplicité des douleurs morales comporte lui-même plusieurs degrés : Peut-on faire de cette action une « action attitrée », que seule une catégorie déterminée de demandeurs serait recevable à intenter ? Subsidiairement, comment opérer un tri au sein de cette catégorie privilégiée ? Ne risque-t-on point en limitant étroitement le cercle des ayants droit de laisser des douleurs non « satisfaites » (sic) ou des fautes impunies ? Enfin et surtout, comment justifier ces divers critères ?

179. — A cette fin, les auteurs ont suggéré trois types de systèmes théoriques.

Le plus simple consiste à nier purement et simplement toute l'originalité fondamentale du *pretium affectionis* en lui faisant

(4) *Contra* : Tunc in Mazeaud-Tunc, t. I, éd. 1965, n° 319, p. 413 et Sécurité Routière préc., n° 49. A vrai dire, le snobisme ayant ses lois propres, l'on pourrait avancer qu'une personne de condition modeste sera « distraite » de son malheur par une croisière aux Bahamas cependant qu'une personnalité mondaine sera ravie de pouvoir s'encanailler (Littré dixit) à bon marché.

application de critères élaborés à l'occasion du dommage pécuniaire (5).

Le second système, application de la théorie satisfactoire, achoppe sur toutes les difficultés : réalité et degré de la souffrance à « compenser » (sic), quantum de l'indemnité « satisfaisante » eu égard à la psychologie, aux goûts et aux ressources du demandeur, nécessité d'endiguer le flux des actions, etc... Il n'offre aucune solution *logique* à ces diverses questions.

En revanche, arbitraire par nature, le système de la peine privée n'achoppe sur aucune de ces difficultés. Il tend logiquement vers le monopole de l'action au profit d'un proche, véritable contradicteur légitime qui représente la Famille et perçoit le prix du sang. En outre, la douleur de cette sorte de receveur des amendes importe moins au juge que la faute du responsable et ses conséquences fatales. Le système est donc également compatible avec l'arbitraire de l'évaluation concrète de la douleur morale. Le juge opte entre l'octroi d'une indemnité de principe et celui d'une somme importante en tenant compte de facteurs divers tel les dignités comparées du demandeur et du responsable (par exemple : attitude désinvolte ou non après l'accident, secours porté au mourant, délit de fuite etc...), la gravité de la faute, l'inexistence de tout dommage matériel réfléchi (décès d'un enfant en bas âge), etc...

180. — Le droit positif n'épouse pas ouvertement le système de la peine privée. Mais les magistrats, ainsi qu'en conviennent MM. Mazeaud (6), pratiquent la peine privée avec discrétion et quelque honte. Certains, en effet, estiment à tort qu'elle est bannie de notre droit. D'autres se sentent prisonniers des textes et rendent un hommage verbal à la généralité de l'article 1382.

Le droit positif témoigne que, substitut de l'action criminelle privée, le *pretium affectionis* reste une institution essentiellement familiale. En revanche, faute d'adopter clairement le fondement de la peine privée, la jurisprudence n'apporte aucune solution claire et cohérente aux difficultés relatives à la hiérarchie des demandeurs au sein de la Famille, ainsi qu'à la certitude et à l'évaluation du prétendu « dommage » (Section I).

Lors de la recherche d'une solution doctrinale (Section II), ces points appelleront plus d'attention que le problème dit de la « liste des ayants droit », résolu, en fait, de façon satisfaisante par le droit positif.

(5) En ce sens : Cf. LAMBERT, p. 69 à 75 ; PERRET, p. 9 (« ce qui sera dit du dommage matériel sera vrai *en principe* du dommage moral »).

(6) T. 1, n° 10 in fine et 314, 5e éd. préc.

SECTION I

ANALYSE DU DROIT POSITIF : PERMANENCE DU CONCEPT DE POURSUITE PAR LA FAMILLE

181. — A en juger grossièrement, la détermination des ayants droit comporte deux degrés. Qualitativement, il s'agit de dresser « la liste » des personnes recevables à obtenir *éventuellement* un *pretium affectionis*. Quantitativement, il s'agit de préciser les critères selon lesquels l'on puisera, — au sein de cette liste —, le ou les ayants droit à une indemnisation effective.

L'analyse de la jurisprudence révèle que l'épouvantail fréquemment agité par la doctrine (1) d'un flux d'actions émanant d'amis, admirateurs et autres personnes étrangères à la famille du défunt est un mythe. Il en va de même *a fortiori* de la douleur morale des milliers de disciples anonymes d'un professeur de Faculté (2) ou d'un ami du genre humain (3). Il importe, évidemment, de distinguer l'absence en fait de tout flux d'actions, de la justification théorique de cette absence qui sera analysée lors de l'examen doctrinal.

Mais, sans abuser de notions sociologiques nous considérons d'ores et déjà que, *puisque le pretium affectionis n'est, en fait, accordé qu'à des membres de la famille du défunt, il s'agit d'une Institution Familiale*. A propos du préjudice matériel réfléchi, nous n'avons rencontré pratiquement aucun cas d'indemnisation effective d'un véritable étranger au groupe familial (4). De même ne rencontrons-nous ici aucun exemple d'action fondée sur l'amitié.

L'amitié brisée, surtout l'amitié virile, est la source d'une affliction profonde. Nous lui devons les pages les plus sincères de Montaigne : « Les plaisirs mêmes qui s'offrent à moi, au lieu

(1) Givord, n° 96, p. 146 ; Savatier, n° 538 et 556 ; Mazeaud-Tunc, n° 324-2 ; Flour, Cours préc., p 632.
(2) Cf. la boutade de MM. Mazeaud-Tunc, n° 324-2, p. 416, t. 1, 6e éd.
(3) Givord, n° 96 préc.
(4) Cf. *supra*, n°s 141, note 4 et 142.

de me consoler, me redoublent le regret de sa perte. Nous étions à moitié de tout : il me semble que je lui dérobe sa part » (5). Mais, si la douleur peut appartenir à l'amitié, la vengeance n'appartient qu'à la Famille (6).

L'incertitude ne concerne que la notion de « famille » : parente ou alliance judiriquement établie, liens biologiques ou adoptifs, famille de fait, « *domus* », famille future (fiançailles) ? La double tendance à la reconnaissance des liens biologiques et familiaux de fait (7) ainsi qu'à la résurgence de la notion de « *domus* » (8), est manifeste dans le droit contemporain Nous avons relevé son incidence en matière de dommage matériel réfléchi (9). Une évolution analogue s'est opérée quant au préjudice d'affection.

Nous analyserons brièvement ses *quatre phases*. D'une part, en effet, les interférences avec le préjudice matériel sont constantes. D'autre part, les espèces significatives et concernant exclusivement le préjudice d'affection sont très rares.

§ 1. — DE LA DISSOCIATION DE L'ACTION CRIMINELLE PRIVEE (*jusqu'en 1910 environ*).

182. — L'on sait que l'action criminelle privée présentait un caractère mixte (1). Quant à son régime, elle était « personnelle » plus que successorale. Quant à son objet, elle visait à assurer la « réparation civile », c'est-à-dire l'obtention d'une peine privée L'on sait également que, durant la majeure partie du XIX^e^ siècle, l'action en réparation du préjudice matériel fut intentée « *jure sanguinis et ex vindicta* ». Aussi, par delà le demandeur, la jurisprudence prenait-elle alors en considération les intérêts de la Famille (2), allant jusqu'à soumettre l'octroi d'une indemnité à une veuve à un partage ultérieur avec des ascendants, non parties au litige (3).

Le préjudice d'affection naquit de ce besoin social et coutumier de vindicte privée. L'idée de vengeance familiale s'estompant à

(5) Essais, Livre 1, Ch. XXVII. Adde : RIPERT, Règle Morale, n° 182, p. 348 in fine.

(6) Selon BAUDRY-LACANTINERIE, refuser de réparer l'amitié, c'est condamner le système de la réparation (3^e^ éd. 1909, t. XV, p. 565).

(7) Loi du 15 juillet 1955, mod. les art. 340 et s. du C. Civ. ; Loi du 14 décembre 1964 relative à la tutelle, etc...

(8) Notion de « personne à charge » en matière fiscale ou civile (Art. 5. l. 1^er^ septembre 1948 : Le juge doit plutôt s'attacher au *comportement familial* des intéressés qu'à leur degré de parenté », Paris, 6 janvier 1954, Rev. Loyers 1954.219, cité in Desiry, note J.C.P. 1964.2.13544).

(9) Cf. *supra*, n° 142 in fine.

(1) Cf. *supra*, n° 53 à 67.

(2) Paris, 22 juillet 1837, Jur. Gen. D., t. 39, éd. 1859, p. 324, note 2. Adde : Cour d'Ass. du Jura, S. 1885.2.219.

(3) Crim. 12 juin 1841, B., n° 177, p. 145 ; Adde : Crim. 20 février 1863, S. 1863.1.319.

partir de 1870 dans la réparation du préjudice matériel, la loi des substitutions la fit ressurgir sous le couvert de la douleur morale. Contrairement à une opinion généralement admise les actions en réparation du préjudice d'affection furent relativement nombreuses au cours du XIX[e] siècle (4). En revanche, il est certain que le principe même de sa réparation ne fut pas admis d'emblée, spécialement lorsque, en l'absence d'atteinte aux conditions matérielles ou morales d'existence, ce dommage revêtait un caractère exclusivement affectif.

183. — La première décision répertoriée est, — semble-t-il —, un arrêt rendu par la Cour d'Orléans le 18 février 1858 au bénéfice d'une mère naturelle qui n'avait pas reconnu valablement la victime : L'absence de tout préjudice matériel certain explique le recours dès cette époque à l'idée d'un préjudice d'affection (5).

Le 22 mars 1877, la Chambre Criminelle indemnise, pour la première fois (6), la douleur morale. L'arrêt reste équivoque, dans la mesure où la partie civile avait limité sa demande à l'obtention des dépens, n'encourant point ainsi le reproche de monnayer sa douleur (7).

Par la suite, nombre de décisions accordent une indemnité aux proches parents : conjoint, ascendants et descendants, voire frères et sœurs mais la plupart des arrêts relèvent *subsidiairement* l'existence d'un dommage pécuniaire (8). Toutefois, à partir de 1880, un courant jurisprudentiel important répare expressément

(4) *Contra* : GIVORD, n° 103, p. 155. Mais cf. *infra*, notes 5 à 10 spécialement Cour d'assises de Metz, S. 1819.2.26 qui parle déjà de « perte morale » pour écarter la demande en fait plus qu'en droit (Décès d'une mère très pauvre et abandonnée pécuniairement par le demandeur... peu affectueux).

(5) Orléans, 18 février 1858, Flory c/ Mellot, D.P. 1858.2.114.

(6) L'arrêt Caderousse-Grammont du 20 février 1863, fréquemment cité, ne concerne le préjudice d'affection par aucun de ses quatre moyens. Comp. en ce sens : GIVORD, n° 43, note 3.

(7) Crim. Rej., 22 mars 1877, ,Godefroy c/ Courtefois, B., n° 86, p. 178.

(8) Aix, 6 mai 1872, PLM c/ Ollivier, D. 1873.2.57 (décès du père : « liens d'affection à jamais brisés ») ; Angers, 12 juillet 1872, Larue c/ Maire, D. 1872.5.386, n° 3 (sœur : non, en fait) ; Besançon, 6 juillet 1892, Silvant c/ Loichot, S. 1894.2.61 (enfant naturel) ; Caen, 5 novembre 1895, Vve Bertrand, S. 1898.2.95 (les « émotions ont compromis la santé » de la mère) ; Paris, 8 février 1896, Grosclaude c/ Vve Chaubard, D.P. 1896.2.457 (veuve) ; Nancy, 21 mars 1896, Fourrier c/ Robert, S. 1896.2.235 (veuve et 3 enfants mineurs) ; Dijon, 12 mai 1897, S. 1897.2.243 (mère et sœur) ; Nîmes, 11 novembre 1897, Vve Gary, S. 1898.2.176 (veuve et mère) ; Alger, 22 juin 1900, dame Boudjemaa, D.P. 1901.2.401, S. 1902.2.128 (fille majeure) ; T. Comm. Seine, 23 août 1899, Jour. Trib. Comm. 1901.208 (père et mère d'un majeur) ; T. C. Toulouse, 17 avril 1902, S. 1905.2.81, note Lacoste et obs. Demogue, Rev. Tr. Dr. Civ. 1905, n° 1, p. 328 (sœur : oui ; neveu : oui en principe mais non en fait ; T. Civ. Alger, 22 février 1904, G.P. Tables 1902.1907, V° Resp., n° 97 (père).

un préjudice pur de toute conséquence patrimoniale, telle la douleur morale qui résulte du décès d'un enfant (9).

Les décisions hostiles au principe de l'indemnisation d'un préjudice d'affection sans incidences pécuniaires concernent principalement des demandes formées, en fait, par des collatéraux.

Ce courant jurisprudentiel divergent se poursuit jusqu'en 1910 environ (10) en dépit d'un arrêt de principe, *l'arrêt Quinto,* rendu par la Chambre Criminelle le 8 août 1908 : « Il résulte des dispositions des articles 1382 du Code Civil et 51 du Code Pénal et des expressions générales de dommages et indemnités dont se servent ces articles que *ce n'est pas seulement le préjudice matériel qui peut servir de base à une condamnation, mais encore le préjudice moral* et qu'il appartient au juge du fait de déterminer souverainement l'importance de ce préjudice par l'allocation d'une somme d'argent à titre de dommages et intérêts ou d'indemnité » (11). Cet arrêt (peu cité semble-t-il) est d'autant plus significatif que les juges du fond avaient, en fait, apprécié le préjudice *in globo* Ce serait, donc, le premier arrêt de la Cour Suprême à poser le principe d'une réparation du préjudice d'affection indépendamment du dommage matériel (12).

(9) Bordeaux, 30 novembre 1881, Faure c/ Neveu, S. 1882.2.183 (décès fillette de 5 ans) ; Alger, 23 mai 1892, S. 1894.2.62 (décès d'un fils majeur et père de famille) ; T. Civ. Seine, 13 août 1893, dame Kahn, G.P. 1893.2. 272 (décès d'une mère et d'un frère) ; T. Civ. Lyon, 26 mai 1897, G.P. Tables 1897-1902, V° Resp., n° 22 (décès d'un fils adulte et aliéné mental) ; T. Corr. Seine, 26 octobre 1905, G.P. Tables 1902-1907, V° Resp., n° 100 (fillette de 12 ans) ; T. C. Valenciennes, 4 janvier 1906, G.P. 1906.1.415 et, sur appel, Douai, 26 mars 1906, Cons. Gouriou, G.P. 1906.2.52 (décès d'un enfant de 16 mois) ; T. Civ. Nantes, 31 mai 1906, Bigot, G.P. 1906.2.180 (enfants) ; T. Civ. Meaux, Feret, G.P. 1910.1.472 (enfant de 8 ans décédé) ; Nancy, 4 juin 1910, Jouvier, S. 1911.2.206, Rec. Nancy 1910.223 (décès du père : enfants majeurs indemnisés) ; T. Civ. Grasse, 9 octobre 1912, G.P. Tables 1912-1920, V° Resp., n° 37 (décès fils) ; T. Civ. Chateaudun, 7 février 1913, Lejais, G.P. 1923.1.489, sous-note (indemnité aux 4 enfants établis d'un vieux berger miséreux).

(10) Cour d'assises de Metz, 17 février 1819 préc., S. 1819.2.26 (décès d'une mère) ; Bourges, 16 décembre 1872, Ragon, S. 1874.2.71 (d'un frère) ; Bruxelles,, 13 janvier 1890, Klepper, ,S. 1890.4.23, Pand. 1890.2.40 (le mari perd une « collaboratrice » car la douleur « pure » n'est pas indemnisable) ; Douai, 7 juillet 1892, Decuypère c/ Beaucarne, S. 1894.2.20 (frères et sœurs) ; Rouen, 24 février 1894, S. 1897.2.25, note Lacoste et obs. Demogue Rev. Tr. Dr. Civ. 1905.328, n° 1 (sœur) ; Douai, 23 janvier 1899, Galvaire, S. 1899.2.296 (frère) ; Besançon, 27 décembre 1901, Bouquet, D.P. 1903.2.155, sol. impl. ; T. Civ. Limoges, 18 mars 1904, Lajoie, G.P. 1904.2.314 ; T. Civ. Seine, 23 novembre 1904, G. Trib. 1905, 1er sem. 2.355 ; T. Comm. Seine, 16 août 1905, De Liser, G.P. 1905.2.371, D.P. 1906.5.46 (fils et frère) ; T. Comm. Seine, 14 avril 1909, G.P. Tables 1907-1912, V° Resp., nos 93 et s. (mère et frère) ; Caen, 13 février 1911, Hérode, S. 1911.2.279, sol. impl.

(11) Crim. Rej., 8 août 1908, Quinto c/ Oulif préc., B., n° 353, p. 661 (descendants). Adde : Cass. Belgique, 17 mars 1881, S. 1882.4.9 (père et frères et sœurs) ; Cour Sup. Just. Luxembourg, 8 mai 1896, S. 1897.4.24 (veuve et enfants).

(12) Comp. Givord, n° 43, p. 72 et n° 103, p. 156. Selon cet auteur, la Cour Suprême ne se serait prononcée qu'après 1922.

184. — Dans la mesure où le *pretium affectionis* était alors une création en cours et non une institution positive, les arrêts antérieurs à 1908 voire à 1920 ne témoignent pas d'une sensibilité des magistrats au risque d'inflation des demandes (13). La « généralité » de l'article 1382 se concilie d'ailleurs difficilement avec la souveraineté du juge du fond quant à la détermination de l'importance du préjudice : L'arbitraire de l'évaluation absorbe en définitive le texte dans toute sa généralité.

Il est, d'ailleurs, vain de dresser des digues juridiques (14). Le bon sens de la majorité des magistrats et la pudeur des justiciables, alliés à la règle du double degré de juridiction, suffisent à limiter le cercle des ayants droit : Le juge se conforme à *l'opinio communis* et à la tradition. Il accueille volontiers l'action des proches mais il allègue le danger d'une « extension indéfinie des responsabilités » lorsqu'il s'agit d'écarter la demande formée par un enfant de fait (15).

§ 2. — DE L'ABSENCE DE TOUT CRITERE JURIDIQUE DE RECEVABILITE (*de 1910 à 1930*).

Après 1910, les formations civiles de la Cour de Cassation se prononcent à leur tour en faveur de la réparation du préjudice d'affection. La généralité de l'article 1382 se traduit par une motivation de principe, libérale en apparence. Mais le bon sens des magistrats et la pudeur des étrangers au cercle familial concourent, comme par le passé, à limiter en fait le cercle des ayants droit éventuels à indemnité sans que la justification technique en apparaisse très clairement.

185. — L'exégèse des arrêts de la Cour Suprême est un genre fallacieux lorsque l'on perd de vue les circonstances de l'espèce et la nature des griefs formulés par le pourvoi. C'est pourquoi,

(13) Alger, 23 mai 1892 préc., S. 1894.2.62 invoque expressis verbis l'idée pénale qui préside à la réparation (ne pas « se soustraire aux conséquences de sa responsabilité sous prétexte que le préjudice est si grand qu'il est irréparable ») et exclut tout risque d'extension indéfinie de l'action (action de la mère après celle de la veuve et des enfants). Comp. T. Civ. Valenciennes, 4 janvier 1906, G.P. 1906.2.52 sous-note : « On n'aperçoit pas quelle limitation pourrait être fixée en semblable matière » : un franc aux parents. (Infirmé par Douai, 26 mars 1906, G.P. 1906.2.52).

(14) Voy. p. ex. les arrêts qui se réfèrent au critère alimentaire, absurde en l'espèce (Bourges, 16 décembre 1872 préc. ; T. Civ. Autun, 24 novembre 1896, S. 1897.2.243 sous-note infirmé par Dijon, 12 mai 1897, S. 1897.2.243 ; Douai, 23 janvier 1899 préc., note 10.

Adde : Exigence d'un « lien au moins moral » par Bordeaux, 14 mai 1907, S. 1909.2.221 (indemnisation d'une sœur).

(15) T. Civ. Seine, 14 mai 1909, G.P. Tables 1907-12, V° Resp., n° 26 à 29 (euphémiquement désigné comme « bénéficiaire d'actes de bienveillance habituels »).

parmi les nombreux arrêts recensés, nous prêtons attention surtout à ceux qui concernaient explicitement et exclusivement le préjudice d'affection.

En premier lieu, divers arrêts témoignent d'une doctrine très libérale à l'occasion du dommage moral. La Chambre Criminelle confirme sa jurisprudence antérieure : Les 21 février 1919 (1) et 15 décembre 1923 (2) elle réaffirme « la généralité de l'article 1382 » à l'occasion d'actions formées par des sœurs du défunt. La Chambre Civile adopte cette motivation le 13 février 1923 à propos d'un fils (3). Par ailleurs, la Chambre des Requêtes rejette divers pourvois qui contestaient des indemnisations accordées par les juges du fond à des descendants (4) ainsi qu'à une marâtre, sucesseur à titre universel au surplus (5).

En second lieu, d'autres espèces soumises à la Cour Suprême concernent des actions formées par des demandeurs, ni parents ni alliés juridiquement. Ces arrêts présentent une portée moindre car ils visent surtout le dommage matériel. Aussi, ont-ils peu retenu l'attention de la doctrine. Ces décisions marginales ne contredisent point notre thèse. Tout au contraire, il s'agit de l'insertion progressive de la Famille de fait dans le Droit. C'est ainsi que le 10 janvier 1929, la Chambre Criminelle rejette un pourvoi concernant un enfant adultérin de fait (6) alors que les premiers juges avaient retenu l'aspect moral du préjudice (7). De même, l'arrêt demoiselle Raffray du 28 février 1930 concernait subsidiairement le préjudice moral subi par la concubine du défunt. Le pourvoi rejeté faisait grief à l'arrêt attaqué de s'être fondé sur des « subsides sans caractère de précarité et sur un intérêt d'affection » (8).

(1) Crim. 21 février 1919, dlle Lambert préc., B., n° 54, p. 91, Rec. Gaz. Trib. 1919.1.54. Le pourvoi visait le dommage matériel et moral.

(2) Crim. 15 décembre 1923, Beynier c/ Bergeret, D. 1924.1.69, G.P. 1924. 1.246, S. 1926.1.331, B.. n° 437, p. 740. Adde : Crim., 29 octobre 1931, Weymann c/ Laffely, G.P. 1931.2.958 (Mère du défunt agit après sa veuve) ; Crim. 31 octobre 1930, S. 1931.1.145, note Marty préc. (belle-sœur).

(3) Civ. 13 février 1923, S. 1926.1.325, G.P. 1923.1.489, D.P. 1923.1.52, note Lalou.

(4) Req. 21 octobre 1929, Chauveau c/ Ménétreau, S. 1930.1.10 (décès d'un mineur) ; Adde : Req. 19 novembre 1930, Viget, G.P. 1930.2.984 ; « ...ouverte à toutes les personnes... » ; Paris, 5e ch., 21 mars 1931, Kahn, G.P. 1931.1.795.

Comp. Req. 25 octobre 1921, D.P. 1922.1.163 (un intérêt moral légitime suffit pour agir en justice).

(5) Req. 10 avril 1922, dame Sanson, G.P. 1922.2.66, D.P. 1923.1.52, note Lalou, S. 1924.1.153, note Esmein.

(6) Crim. 10 janvier 1929, Faugère c/ Serre préc., J.C.P. 1929.321, D. 1929. 1.40, note Lalou, G.P. 1929.1.290.

(7) T. Corr. Seine, 14 décembre 1926, D. 1927.2.55, note H. L. (Confirmé par adoption de motifs par Paris, 7 mars 1928, frappé de pourvoi).

(8) Crim. 28 février 1930 préc., D.P. 1930.1.49, note Voirin, S. 1931.1.145, note Marty, G.P. 1930.1.638, J.C.P. 1930.529.

186. — La doctrine extensive de la Cour Suprême ne se traduit aucunement par un flux d'actions et moins encore par une multiplication des indemnisations effectives. Le cercle des ayants droits éventuels à indemnité reste, en fait, très étroit.

L'immense majorité des demandeurs justifie d'un lien de parenté ou d'alliance juridiquement établi : conjoint survivant, descendants et ascendants (9), frères et sœurs (10), belle-sœur (11), gendres (12), marâtre, etc...

Les auteurs citent volontiers l'espèce dame Sanson soumise à la Chambre des Requêtes le 10 avril 1922 comme un exemple d'action extra-familiale. Il faudrait ici plus de nuances. Certes, la Cour constate l'absence évidente de lien du sang entre belle-fille et marâtre mais elle évoque également la « brusque rupture d'une communauté de vie et de sentiments ayant sa source légitime dans des *rapports d'alliance* que la mort de l'époux qui produisait l'affinité avait, *en fait*, laissé subsister » (13). L'arrêt conteste en somme la règle : « Mort mon père, morte ma marâtre », simple fiction légale.

En revanche, d'autres décisions tiennent compte de liens non fondés sur la parenté ou l'alliance légalement établies. Les arrêts précités de la Chambre Criminelle relatifs à l'enfant adultérin de fait et à la concubine envisageaient surtout le dommage matériel. Mais, il n'en va pas de même d'une série de décisions des juges du fond qui réparent le préjudice d'affection subi par

(9) Décès d'un jeune enfant : Paris, 10 mars 1920, D. 1920.2.137, note Lalou, G.P. 1920.1.447 ; Paris, 19 juin 1929, S. 1929.2.152 ; Paris, 13 juin 1931, G.P. 1931.2.273 ; T. Civ. Meaux, 29 janvier 1920, G.P. 1920.1.202, D.P. 1920.2.137 et Montpellier, 24 juin 1924, D. 1924.2.145.

Décès d'un fils mineur mais indépendant financièrement : Req. 21 octobre 1929, S. 1930.1.10 ; T. Comm. Seine, 3 mars 1920, G.P. 1920.1.485.

Décès d'un fils majeur : Bordeaux, 5 novembre 1930, Rec. Bordeaux 1931-102.

Décès d'un père : Caen, 17 juillet 1918, Rec. Caen 1919.95 (demandeur mineur) ; Paris, 21 janvier 1914, G.P. 1923.1.489, sous-note (vieillard décédé) ; T. Comm. Seine, 31 octobre 1923, D. 1924.2.33, note Lalou, G.P. 1924.1. 24 (décès d'une mère et demandeur majeur) etc...

(10) Indemnisation accordée en fait : T. Civ. Le Havre, Rec. Gaz. Trib. 1924.4.127, n° 30 (vie en commun au foyer parental) ; Lyon, 26 novembre 1927, cité in Marty, note S. 1931.1.152 in fine ; Douai, 29 janvier 1929, Cons. Averlon, D.H. 1930.S.31, Rec. Douai 1929, p. 134 (présomption d'affection quoique majeurs et sans relations constantes).

Indemnité refusée en fait : Paris, 24 juillet 1929, G.P. 1929.2.682.

(11) Crim. Rej., 31 octobre 1931 préc., S. 1931.1.145, 2e espèce, note Marty.

(12) T. Civ. de Clermont, 22 juillet 1930, Cons. Roussel, S. 1931.2.165 et Amiens, 17 novembre 1931, ,S. 1932.2.118, D.H. 1932.S.39 (sur appel).

(13) Paris, 9 juin 1920, dame Sanson, G.P. 1922.2.66, sous-note, D.P. 1923.1.52, sous-note et note Lalou, arrêt attaqué devant Req. 10 avril 1922, S. 1924.1.153 préc.

des concubines stables (14), des fiancées (15), ou des « concubines-fiancées » (16).

Cette discrète apparition de la famille de fait suscite bientôt quelque inquiétude. Des juridictions inférieures affirment la nécessité d'un lien du sang (17) ou de parenté (18). Cette doctrine restrictive va s'imposer progressivement au cours d'une période ultérieure.

§ 3. — DE L'ADOPTION EXPLICITE DU CRITERE FAMILIAL (*de 1931 à 1950 environ*).

187. — De l'absence de toute digue juridique au cours de la période précédente, n'était nullement résulté un raz-de-marée d'actions formées par des demandeurs affectueux mais étrangers à la Famille. Au contraire, la liste des ayants droit à l'indemnité était bien plus limitée qu'en matière de dommage matériel. La crainte de l'éventualité d'un flux d'amis est donc vaine. En revanche, l'indemnisation de concubines et d'enfants adultérins de fait (même accessoirement à leur dommage matériel) provoqua une réaction familialiste précédemment analysée (1).

Une orientation restrictive, concevable dans le cadre d'une finalité pénale, s'insère fort mal dans les principes du droit de la responsabilité civile si l'on adopte la théorie satisfactoire. Référons-nous aux divers systèmes théoriques concevables comme fondement du dommage pour vérifier cette assertion.

L'idée même d'un droit subjectif à l'affection est absurde. A moins d'entendre par là, bien euphémiquement, ce devoir conjugal dont les tribunaux contrôlent les modalités d'exécution (2)

(14) Montpellier, 24 juin 1924 préc., dlle Fernandez, D. 1924.2.145,, note Savatier (« préjudice moral et matériel ») ; Lyon, 31 mars 1930 préc., dlle Moisson, D. 1930.2.64 (« liens d'affection réciproques et intérêts matériels ...actions diverses ») ; Rennes, 1re ch., 8 juillet 1931, Vve Bernard préc., S. 1932.2.18, G.P. 1931.2.823 (« atteinte au point de vue moral dans ses plus chères affections »). Comp. Marty, note préc., S. 1931.1.151, col. 2.

(15) Cour d'Assises de la Dordogne, 24 mai 1930, demoiselle Grafeille préc., S. 1931.2.71, D. 1930.2.133, note Lalou (... « préjudice moral et matériel certain »). Adde : Jurisprudence belge, même sens : Bruxelles, 14 novembre 1928, S. 1929.4.16 et T. Civ. Liège, 6 novembre 1930, Rev. Gen. Ass. Terr. belge 1931.439 précités.

(16) Aix, 27 octobre 1928, dlle Gallet préc.,, G.P. 1929.1.7 (« perte de l'espoir de régulariser leur union »).

(17) Montpellier, 4 février 1924, D. 1924.2.33, note Lalou, G.P. 1924.1.427 ; ... « ne peuvent résulter que des liens du sang et de l'affection... entre ceux qui sont attachés par une étroite parenté ». (Le jugement infirmé avait indemnisé une personne morale : T. Civ. Carcassonne, 4 janvier 1923, G.P. 1923.1.149, D. 1924.2.33, sous-note). Cf. *supra*, n° 9, notes 35 et 36.

(18) T. Civ. Brive, 29 novembre 1922, G.P. 1922.2.749 (frère : indemnisation).

(1) Cf. *supra*, nos 100 et s.

(2) B.G. : Rep. D. Dr. Civ., V° Divorce par MM. Breton et Hebraud, nos 210 et s.

en cas de divorce, l'on imagine mal un droit muni d'action à l'affection. Au surplus, il ne s'agit pas tant d'exiger « l'affection » du conjoint que de faire sanctionner *a posteriori* son attitude injurieuse. Qu'elle soit ou non munie d'action, une prérogative individuelle ayant pour objet l'affection (— et non ses « marques extérieures » au sens tout militaire des marques extérieures de respect —) d'une tierce personne est une idée juridiquement aberrante et humainement ridicule.

Puisque la notion de « droit » est ici inapplicable, peut-on se contenter de l'atteinte à « simple intérêt » légitime ? Mais, alors, dans la logique (sic) du système compensatoire, toute atteinte à un sentiment légitime devrait être « réparée » (3). Distinguer parmi les affections celles qui corroborent un lien légal de parenté, de celles qui unissent deux êtres humains ni parents ni alliés est irréel et ne correspond pas à la certitude des douleurs « compensables » (4).

Néanmoins, c'est en ce sens que s'orienta la jurisprudence car la condamnation prononcée constitue, *en fait,* une peine au profit de la Famille. Tel est le sens *profond* de la doctrine Pilon exrimée dès 1931 dans un arrêt longtemps isolé puis adoptée avec des nuances par la Cour Suprême dans son ensemble lors du revirement de 1937. En effet, contrairement à une opinion courante, ce revirement concerne également le préjudice d'affection.

188. — Un arrêt rendu par la Chambre des Requêtes le 2 février 1931 sur le rapport du conseiller Pilon, témoigne d'une doctrine restrictive *spéciale* au domaine du préjudice d'affection, mais il ne fit pas réellement jurisprudence. En effet, exception faite de l'hypothèse de l'union libre, l'on n'observe aucune altération sérieuse des solutions concrètes avant 1937. Du moins, la doctrine Pilon suscita-t-elle de nombreuses controverses doctrinales, amorçant ainsi un revirement de jurisprudence achevé en 1937.

L'arrêt dame Gillet (5) rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris refusant d'indemniser une personne âgée qui avait jadis élevé la fille naturelle du concubin de sa fille (sic)... L'était-il encore lors de l'arrêt ? Rien ne l'indique. En quelque

(3) *Contra* : « Il existe des droits de la famille, il n'existe pas de droits d'amis reconnus par la loi ». Cette formule due à M. Lalou (note D.P. 1920.2.137) est inopérante en tant qu'élément de distinction car aucun de ces « droits de la famille » ne consiste à être aimé *sincèrement.* La lésion d'un droit successoral éventuel n'entretien aucun rapport direct avec un pretium affectionis.

(4) En ce sens : « La douleur est un fait et il n'y a pas plus de droit à l'affection qu'il n'est possible de refuser le droit d'aimer et conséquemment de souffrir » (Rodière, n° 1608, p. 227 b) ; Adde : Baudry-Lacantinerie, t. 15, p. 564 (éd. 1909).

(5) Req. 3 février 1931, Pres. Servin, rapp. Pilon, dame veuve Gillet c/ Greiller, D.H. 1931.113, J.C.P. 1931.41, S. 1931.1.123, G.P. 1931.1.529, Rev. Gen. Ass. Terr. 1931.588, note M. P., D.P. 1931.1.38, rapp. Pilon.

sorte, il s'agissait de la mère d'une « ex-marâtre naturelle » et non d'une grand'mère naturelle comme on l'a cru parfois (6). A la différence de l'espèce dame Sanson (7), il n'y avait donc jamais eu de lien légal d'affinité. En fait, comme dans l'arrêt de 1922, la demanderesse se présentait surtout en tant que mère nourricière mais les circonstances de fait étaient plutôt moins favorables en 1931 (8).

La Chambre des Requêtes constate que les juges du fond ont suffisamment motivé le caractère hypothétique du préjudice matériel (9) mais elle use d'un motif de droit pour le *pretium affectionis* : « Attendu, en ce qui concerne le préjudice moral, que si l'article 1382 du Code Civil, par la généralité de ses termes, s'applique aussi bien au dommage matériel qu'au dommage moral, encore faut-il que l'action en indemnité soit fondée sur un *intérêt d'affection, né du lien de parenté ou d'alliance* qui unissait la victime du fait dommageable à *celui de ses ayants droit* qui en demande réparation ».

Le rapport du conseiller Pilon explicite la finalité visée par les rédacteurs de l'arrêt : Rendre une décision de principe qui interdise de « monnayer la douleur sans raison et sans limite » (10), c'est-à-dire en dehors du « cadre de la famille légitime ou naturelle telle qu'elle est organisée ou réglementée par la loi » (11).

Ce même rapport est moins convaincant quant aux formules abstraites dont il revêt la décision à intervenir. Mais, à vrai dire, le *conseiller Pilon* témoigne expressément d'un « relativisme juridique » fort louable. *Il relève que la portée des formules abstraites ne doit pas être dissociée des finalités concrètes qui leur sont contemporaines* (12). C'est précisément la thèse que nous vérifions à chaque stade du développement du droit positif. Aussi, à l'image de l'arrêt, le rapporteur procède-t-il par simple affirmation. Il n'explique nullement pourquoi un intérêt d'affection entre parents et alliés différerait d'un autre intérêt d'affection, alors que les effets juridiques attachés à la parenté, ne visent pas le domaine affectif (13).

(6) P. ex. Givord, n° 104, p. 158 in fine. (La Cour n'aurait pas manqué de suggérer ce jus sanguinis).

(7) Cf. *supra*, Req. 10 avril 1922, D.P. 1923.1.52, préc., n° 186.

(8) La preuve en est que, sur le plan du dommage matériel, l'arrêt d'appel conclut à l'incertitude du dommage. Au contraire, dans l'espèce dame Sanson, la mère adoptive de fait et la victime étaient très âgées l'une et l'autre ; elles restaient unies et la demanderesse était en outre légataire universelle de la victime.

(9) Cf. *supra*, n °90, note 12. Comp. *supra*, n° 87, note 36.

(10) Rapp. préc. I, in fine (2° c).

(11) Rapp. préc. VI et VIII, in fine.

(12) « La formule générale » de la Chambre Criminelle (p. ex. Crim. 15 décembre 1923 préc.) « a eu pour but d'écarter certaines restrictions que l'on avait voulu d'abord apporter à la réparation du préjudice moral » (Rapp. préc. VI, 2°).

(13) Rapp. préc. VIII a.

189. — L'on enseigne généralement que cet arrêt opéra un revirement de jurisprudence (14) quitte à préciser qu'il fut assez mal suivi par les juges du fond (15). Cette analyse semble inexacte (16). D'ailleurs, lorsque les auteurs citent des décisions hostiles à la « jurisprudence Pilon », ces dernières sont, généralement, soit antérieures à 1937, soit postérieures à 1950 (17). Ceci implique donc que l'autorité de cette doctrine ne fut unanimement reconnue que plus de 8 ans après l'arrêt dame Gillet. Les auteurs ne semblent d'ailleurs pas avoir relevé que cette *jurisprudence s'est fixée en deux temps*. La connexité avec les arrêts Méténier et Cabassut de 1937 semble pourtant bien assurée.

Tout d'abord, la doctrine Pilon resta très isolée. La Chambre Criminelle rappelle le 29 octobre 1931 que l'action est « ouverte..., conformément au droit commun à toutes personnes auxquelles l'accident a causé un préjudice même moral » (18). Plus significatif, est *l'arrêt dame Marcet du 8 juillet 1936* rendu dans des circonstances voisines de l'espèce dame Gillet. Le pourvoi formé par le tiers responsable alléguait formellement l'absence de tout « lien de parenté, alliance ou adoption ». Il est rejeté, en l'absence de tout dommage pécuniaire, car la demanderesse avait « *témoigné* depuis de longues années un *intérêt légitime d'affection, subvenant à son (le défunt) existence,* à son entretien et à son éducation » (19).

Au niveau des juridictions inférieures, les solutions antérieures sont maintenues, exception faite de l'union libre. Les demandes formées par le conjoint ou les enfants mineurs vivant au foyer ne sont pas répertoriées sauf circonstances spéciales (20). Les ascendants obtiennent fréquemment une indemnité lors du décès

(14) Cf. Mazeaud-Tunc I, ,n° 325, p. 406, 5e éd. et p. 419 in fine, 6e éd. ; Savatier, t. 2, n° 558, note 5 ; Rodière, n° 1608 b. ; Chapus, n° 460 A 2° ; Flour, Cours préc., p. 632 in fine.

(15) En ce sens : Rodière préc. ; Flour, Cours préc., p. 633 (1re ligne).

(16) En notre sens : Givord, n° 105, p. 160.

(17) Voyez p. ex. Rodière préc., n° 1608, notes 3 et 4 et note au J.C.P. 1945.II.2893, § 2. 2° ; Mazeaud-Tunc I., n° 325, notes 19 et 20, 5e éd.

Voyez toutefois Amiens, 5 décembre 1933, D.H. 1934.75, G.P. 1934.2.681, sous-note b. (à propos d'un fils) qui reproduit la motivation de l'arrêt dame Gillet.

(18) Crim. 29 octobre 1931, Lescouvé 1er pres., Weymann c/ Laffely, G.P. 1931.2.958 (Mère de la victime contre le tiers auteur d'un accident mortel du travail : cf. l'allusion au « droit commun »).

(19) Crim. 8 juillet 1936, Lescouvré 1er pres., Million c/ dame Marcet, D.H. 1936.525, G.P. 1936.2.632.

(20) Veuve séparée de fait (T. Civ. Lille, 25 avril 1932, G.P. 1932.2.190 : non) ou en instance de divorce (Paris, 20 octobre 1932, G.P. 1932.2.787 : oui ; T. Civ. Bayeux, 7 décembre 1933, D.H. 1934.63 : non).

Enfants mineurs pour décès d'un père déchu de la puissance paternelle : Douai, 30 octobre 1939, Rec. Douai 1940.84 : « ont pu conserver un reste d'affection ».

d'un enfant mineur (21) ou majeur (22) et réciproquement dans le cas d'un ascendant âgé (23). Il en va de même pour les frères et sœurs surtout lorsqu'ils cohabitaient au foyer parental (24). Au delà de ce cercle, sauf omission, l'on ne rencontre guère parmi les parents et les alliés que trois espèces : parâtre (25), neveu (26) (mais encore y avait-il dans les deux cas adoption de fait) ou bien encore belle-sœur mais il y avait en outre concubinage incestueux (27).

En l'absence de liens légaux de parenté ou d'alliance, l'atteinte aux sentiments d'affection reste prise en considération jusqu'en 1937 lorsque l'affection est légitime : décès d'un petit-fils naturel (28), d'un enfant naturel non reconnu (29), d'un enfant adultérin de fait (30), d'un adopté de fait (31), d'un futur conjoint (32). En revanche, rares sont les décisions qui accordent un *pretium affectionis* à la concubine survivante (33). La plupart des arrêts déboutent la demanderesse soit en alléguant expressément l'immoralité de l'affection atteinte (34), soit en faisant appel à la doctrine Pilon et en prétextant l'absence de tout lien le

(21) P. ex. Colmar, 7 juillet 1933, Koeniguer c/ Fettig, Rev. Als. Lorr. 1934-337 ; Paris, 12e ch., 26 janvier 1934, ,Mannheim c/ Delamarche, D.H. 1934.186 ; Crim. 30 novembre 1934, Panza c/ Icard, G.P. 1935.1.103 (fillette de 7 ans) ; T. Corr. Seine, 6 juillet 1949, G.P. 1950.1.144, etc...

(22) P. ex. Paris, 26 octobre 1945, G.P. 1945.2.196, D.P. 1946.121 ; T. Civ. St-Dié, 25 février 1939, D.H. 1938.334 ; Colmar, 25 janvier 1933, Rev. Als. Lorr. 1934.104.

(23) Agen, 24 avril 1939, Crocis c/ Cassaigneau, D.H 1939.S.24 (arrière grand-père) ; Paris, 26 décembre 1933, G.P. 1934.2.680, sous-note a, Rev. Gen. Ass. Terr. 1934.613, note Picard.

(24) Crim. 30 novembre 1934 préc. ; Colmar, 25 janvier 1933 préc. ; T. C. Lannion, 28 février 1939, D.P. 1940.2.9 ; T. Civ. Meaux, 31 mars 1939, G.P. 1939.2.173, sous-note ; Paris, 10 février 1933, D.H. 1933.290.

(25) Colmar, 5 avril 1932, époux Lengy, Rev. Als. Lorr. 1933.391.

(26) Douai, 4 novembre 1938, Marchandise c/ Vve C., S. 1939.2.86 : Indemnisé en fait.

(27) Douai, 4 novembre 1938 préc. (L'enfant était donc tout à la fois neveu légal, fils adopté de fait... et peut-être issu de leurs relations). La belle-sœur n'est pas indemnisée (surtout une concubine).

(28) Nîmes, 3 avril 1933, Peschaire c/ Sitjar, D.H. 1933.389 (... « ineffaçable lien du sang... plus fort qu'un lien d'alliance »).

(29) Paris, 13 novembre 1933, 5e ch., Dlle Berjot, G.P. 1934.1.134 (possession d'état de mère).

(30) T. Civ. Gannat, 25 mai 1937, G.P. Tables 1935-40, p. 443, nos 229 et s.

(31) Caen, 4 juillet 1933, Bredin, D.H. 1935.514 (orpheline adoptée de fait par sa marraine). Comp. : Crim. 8 juillet 1936, dame Marcet préc. ; Colmar, 5 avril 1932 préc. ; Douai, 4 novembre 1938 préc.

(32) Colmar, 8 décembre 1934 (*blessures* de la fiancée), S. 1935.2.172 ; Douai, 5e ch., 18 octobre 1935, Lée c/ Dewintre, Rec. Douai 1936.28 ;T. Civ. Gannat, 25 mai 1937 préc.

(33) Paris, 5e ch., 14 mai 1937, Vve Servais et dlle Choux, Rec. Gaz. Trib. 1937.2.393.

(34) Douai, 5e ch., 16 mai 1935, dame Halez, Rec. Douai 1936.27 ; Paris, 5e ch., 10 juin 1936, dame Vve Berard, G.P. 1936.2.355.

parenté ou d'alliance, absence qui n'est relevée qu'à l'encontre de la concubine (35).

190. — En somme, de 1931 à 1937, la doctrine Pilon rencontre peu d'échos si ce n'est à propos de l'hypothèse spéciale de la concubine. En revanche, après le revirement de 1937, l'on ne rencontre pratiquement aucune décision importante qui accorde un *pretium affectionis* à un demandeur étranger à la famille légale : Effet différé de la doctrine Pilon ou extension de la doctrine Josserand exprimée dans l'arrêt Méténier (36) ? C'est plutôt une synthèse. Il ne peut s'agir en effet d'exiger une sorte de droit subjectif muni d'action à l'affection, à l'image des arrêts de 1937. Il ne s'agit pas non plus, comme dans l'arrêt de 1931, d'adopter le critère du lien de parenté ou d'alliance (en y incluant les conjoints, source de l'affinité) pour le *seul* préjudice moral.

Nous savons que, de 1937 à 1950 environ, les tribunaux ont adopté, pour le dommage matériel, deux critères différents (droit muni d'action ou simple intérêt légitime) selon que le demandeur était ou non le parent ou l'allié de la victime (37). Il en allait de même semble-t-il pour le préjudice d'affection.

En effet,, s'il s'agit d'un étranger on lui fait application du critère du droit muni d'action. Or, comme l'idée d'un droit subjectif à l'affection est absurde (38), il est certain qu'aucun étranger ne peut être indemnisé.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'un parent ou d'un allié, on lui fait application du critère de l'intérêt légitime (d'affection). Il y a donc bien deux critères de fond mais, *brevitatis causa*, l'on peut dire que le critère du lien de parenté ou d'alliance est un critère de recevabilité cependant que le critère de l'intérêt l'affection (légitimité et certitude) est un critère probatoire. L'on objectera certainement et à juste titre que ceci est confus et illogique, mais les arrêts s'insèrent dans cette perspective dualiste.

(35) Aix, 30 novembre 1932, dame Fiandino, G.P. 1933.1.200, Rev. Gen. Ass. Terr. 1933.174, note Picard (adoption de motifs de T. Civ. Aix, 27 juillet 1932 en sous-note, G.P. 1933.1.200) ; Angers, 4 avril 1933, Bageot, D.H. 1933.356 (action du concubin) ; Paris, 5e ch., 29 mai 1934, dlle Fontaine, J.C.P. 1934.1113, D.P. 1934.2.83, note Lalou, S. 1935.2.105, 1re esp., G.P. 1934.2.307 ; T. Civ. Seine, 21 juillet 1934, Ceccaldi, J.C.P. 1934.1205, G.P. 1934.2.679, S. 1935.2.105, 2e esp. ; T. Civ. Dijon, 13 décembre 1932, dame Roussotte, Rev. de l'Est 1933.106 ; Douai, 29 janvier 1936, Lovinfosse, Rec. Douai, 1938.319 sous-note.

Comp. p. ex. Paris, 5e ch., 29 mai 1934 préc. (Prés. Burnod) qui exige un tel lien (concubine) et Paris, 5e ch., 13 novembre 1933 préc. (même président) qui ne l'exige pas (ascendant de fait).

(36) Civ. 27 juillet 1937 préc., Méténier c/ Luce, D.P. 1938.1.5, 4e espèce, note Savatier. Cf. *supra*, nos 111 et s.

(37) Cf *supra*, nos 117 à 132.

(38) Cf. *supra*, no 187. Mais *infra*, Crim. 16 mars 1950 (no 190) semble pourtant fondé sur cette notion d'un droit à l'affection (sic) et reproduit les motifs de l'arrêt Cabassut.

D'une part, en effet, divers arrêts de la Cour Suprême ont connu du dommage matériel et du dommage moral sans opérer aucune distinction dans leur motivation. Dès 1938, la Chambre Criminelle lie les deux problèmes et approuve le refus d'indemniser une concubine ainsi qu'un enfant de fait : «... Les subsides étaient fournis bénévolement ; dès lors, ni la demoiselle A..., ni Georges A... n'ont droit à aucune indemnité pour la réparation d'un préjudice matériel ou *moral* » (39). C'est par un motif unique tiré de l'absence d'intérêt légitime juridiquement protégé que la Chambre Civile casse, en 1939, des arrêts qui avaient accordé un *pretium affectionis* à une concubine (40).

D'autre part, trois décisions sont encore plus significatives. La Chambre Criminelle, statuant uniquement sur le préjudice moral de la fiancée, casse en 1950 un arrêt de la Cour de Colmar par une motivation calquée sur celle de l'arrêt Cabassut (41) et dépourvue de toute portée quant au préjudice moral. « Un préjudice direct et certain ne saurait résulter de la seule rupture d'un *lien d'affection lorsque ce lien n'est pas par lui-même susceptible de servir de fondement à une obligation valable* » (42). La Chambre Civile se borne, dans la même hypothèse, à retenir l'absence de tout lien de parenté ou d'alliance (43). Quant à la Chambre des Requêtes, nous le savons, elle se contente de la certitude du « préjudice *matériel ou moral*, l'action en indemnité.. appartenant à *tous ceux qu'un lien de parenté ou d'alliance unissait à la victime* » (44) : L'action est donc une action attitrée. Au plan du fond, la certitude de l'affliction suffit.

191. — L'étude de cette période apporte divers enseignements. En premier lieu, la limitation du cercle des ayants droit par l'exigence du lien de parenté ou d'alliance est illogique si l'on raisonne dans le cadre de la théorie satisfactoire. La souffrance

(39) Crim. 8 avril 1938 préc., dlle Allemand, G.P. 1938.2.69. Revirement par rapport à l'espèce Marcet de 1936, *supra*, note 19.

(40) Civ. 23 mai 1939, T.C.R.T. c/ Dlle Le Gouez, G.P. 1939.2.268. Adde : Civ. 20 avril 1939, Wolf c/ Veuve Levy, G.P. 1939.2.269 sous-note.

(41) Crim. 13 février 1937 préc., D.P. 1938.1.5, 3e espèce.

(42) Crim. 16 mars 1950, Keck préc., D. 1951.S.7, S. 1950.1.182 (casse Colmar, 4 mars 1949 préc., D. 1949.273, G.P. 1949.1.236). L'arrêt fait également une allusion sans valeur aucune à la liberté matrimoniale des fiancés. Par a contrario, il existerait donc une catégorie de liens affectifs fondant des obligations valables ? Mais peut-on procéder à l'exégèse d'un tel jargon ? Comp. *supra*, n° 111.

(43) Civ. 19 octobre 1943, dlle Gaillard préc., J.C.P. 1945.2.2893, note Rodière, D.C. 1944.J.14, G.P. 1944.1.5, S. 1945.1.1 (Rej. pourvoi contre Paris, 24 mai préc., D.H. 1938.392, G.P. 1938.2.468, sous-note).

(44) Req. 9 juin 1941, dlle Maréchal préc., D.A. 1941.J.277 (à propos d'une sœur). Adde : Req. 22 décembre 1942, J.C.P. 1943.2.2334, note Houin, D. 1945.99, note Givord (fils).

morale est un fait qui n'est pas l'apanage de la Famille (45). Cet arbitraire est plus justifiable dans le cadre de la peine privée mais la doctrine Pilon ne correspond pas à la tradition de l'ancienne France où les liens du sang l'emportaient déjà sur la filiation légale (action du bâtard). Elle correspond donc moins encore à la conscience juridique contemporaine, plus « avancée » sur ce point.

En second lieu, la doctrine Pilon est doublement inopportune. Inéquitable, elle écarte, en fait, les membres de la domus, ou des personnes très attachées au défunt, telle la fiancée, pour accueillir éventuellement des parents éloignés. Elle aboutit ainsi à refuser un *pretium affectionis* à l'orphelin recueilli par un parrain, ami de ses parents décédés, pour l'accorder lorsque le parrain était un collatéral au nème degré (46) : Tout ceci est incohérent. Inefficace au surplus, cette doctrine ne peut servir de rien afin d'endiguer une éventuelle multiplicité d'actions puisque c'est au sein de la très proche famille qu'en résiderait pratiquement le risque. La doctrine Pilon est suffisamment imparfaite pour que nous lui fassions grâce d'un lapsus dans sa formulation : les conjoints, sources de l'alliance, ne sont ni parents ni alliés (47).

Enfin, le parallélisme rigoureux de l'évolution du droit positif dans les domaines pécuniaires et moraux témoigne de l'unité du phénomène judiciaire en dépit des analyses théoriques des auteurs, aussi fondées soient-elles du point de vue de la logique géométrique. La doctrine Pilon, puis le revirement de 1937 étaient issus de la réaction familialiste qui précéda la seconde guerre mondiale (48). Réciproquement, la reconnaissance progressive d'une « famille naturelle » s'est accélérée depuis la Libération du Territoire. Dans le domaine du préjudice d'affection comme dans celui du préjudice matériel réfléchi (49), ceci conduit à l'abandon progressif du critère familial à partir de 1950 environ.

§ 4. — DU PRAGMATISME CONTEMPORAIN.

192. — Après 1938 et durant plus d'une décennie, l'on ne trouve trace d'aucune décision importante accordant un *pretium affectionis* à un demandeur étranger à la famille légale du défunt. Mais une tendance divergente se fait jour au sein des juridictions du fond à partir de 1949. Le 4 mars 1949, la Cour de

(45) Cf. *supra*, n° 187, in fine (Théorie Juridique) et n° 189 (Espèces concrètes où la douleur est « normale » en dehors de tout lien légal, p. ex. notes 19 et 25 à 33).

(46) Comp. Caen, 4 juillet 1933 préc. et Douai, 4 novembre 1938 préc.

(47) Observation relevée notamment par MM. Rodière (note au J.C.P. 1945.2.2893 préc., § 2 2°) et Carbonnier (t. 2, p. 592 l. 8, éd. 1964).

(48) Cf. *supra*, n° 100.

(49) Cf. *supra*, n°s 131 et s.

Colmar prend ouvertement parti contre la jurisprudence demoiselle Gaillard (1) en se fondant sur la « légitimité de ce contrat (c'est-à-dire les fiançailles), consacré par les mœurs » (2). La doctrine de l'arrêt est doublement aventurée : Au lieu de se contenter de condamner le critère du lien de parente, la Cour invoque le contrat de fiançailles. L'arrêt fut, à bon droit, cassé de ce chef (3).

Mais, bientôt, s'amorce un nouveau revirement. A l'occasion de l'action d'un fiancé (très vite consolé en l'espèce) la Cour d'Assises de la Seine affirme en 1951 que, en l'absence de tout lien de droit, « le seul intérêt d'affection peut justifier une demande de dommages-intérêts pour préjudice moral » (4). Peu après, le 2 mai 1952, la Chambre Criminelle abandonne implicitement mais nécessairement le critère du lien de parenté ou d'alliance juridiquement établie. Saisie d'un pourvoi contre un arrêt ayant accordé un *pretium affectionis* à des frères et sœurs du défunt, elle affirme gratuitement, donc à dessein, la généralité de l'article 1382 (5). Il est arbitraire de mettre en vedette tel ou tel arrêt déterminé car, plus que jamais, réparation du préjudice matériel réfléchi et du préjudice d'affection sont en étroite symbiose. Dans la jurisprudence contemporaine, les formules abstraites sont fréquemment identiques et les listes des ayants droit à indemnité très voisines (6).

193. — La Chambre Criminelle admet depuis 1956 l'octroi d'un *pretium affectionis* à la fiancée du défunt (7). C'est aujourd'hui une jurisprudence constante devant les juridictions du fond (8).

Comme l'exprime à l'occasion du décès d'un parâtre la Cour de Colmar, *ce qui importe ce n'est point tant le lien de parenté ou d'alliance, notion juridique et abstraite, que le concept sociologi-*

(1) Civ. Rej., 19 octobre 1943 préc., J.C.P. 1945.2.2893, note Rodière.

(2) Colmar, 4 mars 1949, dlle Rothbletz c/ Keck, D. 1949.273, G.P. 1949. 1.236, Rev. Als. Lorr. 1949.143.

(3) Crim. 16 mars 1950, S. 1950.1.182 (Arrêt peu convaincant par ailleurs. Cf. *supra,* n° 190 in fine).

(4) Cour d'ass. de la Seine, 5 janvier 1951, Brissy, G.P. 1950.1.130 (Fiancé. Pas de préjudice en fait : Marié avec une tierce personne depuis) ; Adde : T. Civ. de Châteauroux, 24 janvier 1950, Dlle Camus, S. 1952.2.61, note Brunet.

(5) Crim. 2 mai 1952, Bercot préc., J.C.P. 1953.2.7354. Adde : Crim. 15 mai 1957, D. 1957.530 ; Crim. 5 mai 1960, Meunier c/ Ancel, D. 1961.S.4 : « Action ouverte... à *toutes personnes* auxquelles l'accident a causé un préjudice, *même moral* ». (à propos d'un accident du travail et de l'action de droit commune contre le tiers responsable) : L'action est donc *banale.*

(6) Cf. *supra,* n°s 136 et s.

(7) Crim. 5 janvier 1956, dlle Scoarner, B., n° 15, D. 1956.216, G.P. 1956. 1.230, J.C.P. 1956.2.9146, Rev. Gen. Ass. Terr. 1956.272, note A. B. Cf. *supra,* n° 138.

(8) Rouen, 9 juillet 1952 préc., D. 1953.13 ; Nîmes, 20 avril 1961 préc., G.P. 1961.2.102 ; Lyon, 26 mai 1966, 1re ch., D. 1967.S.9, G.P. 1966.2.258, obs. DURRY in Rev. Tr. Dr. Civ. 1967.155, n°4.

que de « communauté familiale » (9). Nous assistons à une certaine extension de la liste des ayants droit, consacrée par des décisions de principe rendues par la Cour Suprême ou des Cours d'Appel. Selon la Chambre Criminelle, l'article 1382 englobe par la généralité de ses termes quiconque subit un préjudice direct actuel et certain. Cette jurisprudence, fixée à propos d'une fiancée, concerne également tous ceux qu'unissent les liens du sang.

La deuxième Chambre Civile, par le premier arrêt Pedron, rejette le 4 mars 1964 le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Lyon qui avait accordé une indemnité tous chefs de préjudice confondus aux enfants naturels non reconnus du défunt. Plus récemment, les motifs de l'arrêt Denos du 20 janvier 1967 consacrent l'indemnisation d'une petite-fille naturelle doublée d'une pupille sur le seul fondement de l'affection et de ses manifestations extérieures (10).

La Chambre Criminelle avait d'ailleurs précédée la Chambre Civile dans cette voie à propos d'une fille adultérine de fait. Elle rejetta le 6 juillet 1955 un pourvoi formé contre un arrêt rendu antérieurement à la loi du 12 juillet 1955 (11). Les décisions des juridictions inférieures sont en ce sens : enfants de fait (12), nièces « naturelles » qui avaient vécu « par rapport à la victime dans les mêmes conditions de relations et d'affection que dans une famille légitime » (13), mère naturelle de fait (14). Au surplus, la Chambre Criminelle reconnaît un droit à indemnité à une mère adoptive de fait sans aucun lien biologique avec le défunt (15).

194. — Il ne s'agit donc pas d'un « retour » pur et simple au libéralisme antérieur à 1937 ; les solutions pratiques étaient, à cette époque, très incertaines au delà de la parenté légale (16).

(9) Colmar, 28 octobre 1952, Rev. Als. Lorr. 1953.119.

(10) Civ. 2e, 4 mars 1964, Pedron, G.P. 1964.1.392, B.C. 1964.II, n° 201, p. 149, J.C.P. 1964.IV.58. Civ. 2, 18 mars 1965, Durand, B.C. 1965.II, n° 289 (Enfants non reconnus ont « subi un préjudice matériel et moral »).

Civ. 2e Rej. 20 janvier 1967, Denos, J.C.P. 1968.2.15510, note Dupichot. Sur ces arrêts, cf. *supra*, n° 139 in fine, notes 17 et s.

(11) Crim. Rej., 6 juillet 1955, Dublanc, G.P. 1955.2.159. Cf. *supra*, n° 138.

(12) Paris, 20e ch. correct., 10 mai 1958, dlle Brisson es.-qual., G.P. 1958.2.32 : « climat d'affection... en dehors de tout lien légal » et pretium affectionis aux cinq enfants adultérins de fait ; Besançon, 29 janvier 1960, G.P. 1960.1.226, D. 1960.S.61 ; Paris, 12e ch., 14 janvier 1966, Giraud, ,G.P. 1966.1.234 qui infirme un jugement de T. Corr. Versailles, 12 février 1964 (D. 1964.S.82) en rappelant que : « le droit (à indemnité) n'est nullement subordonné à l'établissement, d'ailleurs impossible, d'un lien de filiation ».

(13) Paris, 20e ch. corr., 21 mai 1962, Pisella c/ dame Marie, G.P. 1962.2.341.

(14) Bordeaux, 1re ch., 28 janvier 1954, dlle Moncel préc., D. 1954.359.

(15) Crim. 30 janvier 1958, dame Mioche, G.P. 1958.1.367 préc., n° 138 in fine.

(16) Cf. *supra*, n° 185 et s.

Or, il est certain que la Chambre Criminelle rejette aujourd'hui tout critère juridique de recevabilité étant donné qu'il semble difficile de considérer comme tel des liens extra-juridiques (biologie, cohabitation, etc...).

Quant à la Chambre Civile, elle a renoncé au critère du lien de parenté ou d'alliance. En revanche, elle ne semble pas avoir eu l'occasion de se prononcer clairement à l'occasion d'un demandeur sans lien biologique avec le défunt. De ce point de vue, l'on ne peut, évidemment, tirer aucun enseignement de l'arrêt Lunus (17). Certes, il est plaisant de prétendre s'interroger sur l'existence d'un lien du sang ou d'une adoption de fait. Mais Lunus n'est pas une personne dotée d'un patrimoine. Il ne peut donc s'agir d'un préjudice subi par ricochet au sens où nous l'entendons puisque le cheval n'est pas une victime immédiate.

Comme nous le savons, la seconde Chambre Civile rejette l'action de la concubine (18) admise par la Chambre Criminelle (19) et la majorité des cours d'appel (20) à défaut d'adultère du moins (21). Mais ces divergences de jurisprudence semblent concerner uniquement la légimité de l'affection. Les motivations sont identiques à celles que nous avons analysées quant au dommage matériel. Elles n'apportent donc aucun enseignement. Tant que la Chambre Civile n'aura pas eu à connaître de l'action d'une fiancée véritable ou d'une mère adoptive de fait, une certaine marge d'incertitude peut subsister pour l'hypothèse d'absence de liens biologiques. Certes, l'arrêt Denos du 20 janvier 1967 admet l'action d'une pupille adoptée de fait mais il est relevé incidemment que son père nourricier était « le père légitime de sa mère naturelle » (22).

En droit positif, l'abandon du critère de la parenté et de

(17) Civ. 1re, 16 janvier 1962 préc., D. 1962.199, note Rodière, J.C.P. 1962.2.12557, note Esmein. Cf. *supra*, n° 164.

(18) Voy. les décisions citées *supra*, n° 140, notamment Civ. 2e, Cass. 13 décembre 1961, B.C. 1961.II, n° 861, p. 607 ; Civ. 2e Rej., 10 janvier 1963, B.C. 1963.II, n° 38, p. 29, D. 1963.J.404 ; Civ. 2e Rej., 18 mars 1965, B.C. 1965.II, n° 290 (quoique ex-épouse divorcée de son concubin) ; Civ. 2e, 25 juin 1965, B.C. 1965.II, p. 398, n° 570 ; Civ. 2e, 7 avril 1967, D. 1967.496.

(19) Voy. *supra*, nos 136 et s., notes 1 à 6, notamment : Crim. 16 décembre 1954, J.C.P. 1955.2.8505, D. 1955.S.56,B., n° 142, p. 707 (concubine et fiancée) ; Crim. 24 février 1959, J.C.P. 1959.2.11095, note Pierron (concubin) ; Crim. 20 novembre 1962, J.C.P. 1962.2.12971, D. 1963.S.49 ; Crim. 18 février 1964, G.P. 1964.1.394, D. 1964.S.82 (concubin).

(20) Notamment : Paris, 12e ch., 21 janvier 1957, J.C.P. 1957.2.9950, note de Lestang, G.P. 1957.1.165 ; Paris, 20e ch., 10 mai 1958, G.P. 1958.2.32 ; Paris, 25 février 1960, D. 1960.S.74, J.C.P. 1960.IV.160 ; Riom, 5 juillet 1965, D. 1966.549 (sur renvoi de Civ. 2e, 4 mars 1964 préc) ; *Contra* : Paris, 10e ch. Corr., 22 mai 1963, D. 1964.S.34 (cassé par Crim. 18 février 1964 préc.).

(21) Crim. 20 janvier 1966 préc., D. 1966.184, rapp. Combaldieu ; Paris, 12e ch., 14 janvier 1966 préc., G.P. 1966.1.234 et les espèces citées n° 140 in fine.

(22) Civ. 2e Rej., 20 janvier 1967 préc., J.C.P. 1968.2.15510, note Dupichot.

l'alliance juridiquement établie est consommé. La famille de fait est donc recevable à intenter l'action familiale qu'est l'action en réparation du préjudice d'affection. Cependant, alors que l'abandon de tout critère arbitraire était souhaitable en matière patrimoniale, il n'en va pas de même ici. Il ne suffit pas de déterminer *a priori* une liste d'ayants droit éventuels. En dépit des formules des arrêts, le préjudice d'affection n'est pas de la même essence que le dommage matériel. Est-il possible de suggérer, dans une conception « pénaliste », une réglementation qui satisfasse tout à la fois la logique juridique et les nécessités de la Pratique ?

SECTION II

EXAMEN DOCTRINAL

195. — Aujourd'hui, l'unanimité est donc réalisée à l'encontre de tout critère juridique conçu *a priori*. Mais comment apporter une solution satisfaisante aux difficultés relatives à la preuve (I) et à l'évaluation (II) du préjudice d'affection ? Comment expliquer que le risque d'un raz-de-marée d'actions (III), si fréquemment évoqué, ne se soit jamais posé sérieusement en pratique ? A quel étalon logique les magistrats se réfèrent-ils donc ?

Le droit positif ne présente aucune cohérence logique sur ces trois points. Les arrêts actuels adoptent des motivations calquées sur celles qu'ils utilisent à propos du dommage matériel, ce qui est nier la réalité. Leur analyse est infiniment délicate en ce sens que les magistrats expliquent peu ce qu'ils font effectivement. Néanmoins, il est évident que les solutions concrètes (c'est-à-dire le droit vivant) sont incompatibles avec la théorie satisfactoire.

§ 1. — DE LA CERTITUDE DU PREJUDICE D'AFFECTION.

196. — MM. Mazeaud expriment l'opinion de tous les tenants de la réparation du préjudice d'affection lorsqu'ils écrivent : « Ne pas élever de barrière serait risquer d'ébranler le principe même... de la réparation du dommage moral, fournir aux adversaires de cette réparation un argument sans réplique tiré des conséquences insensées de la théorie » (1). Pour notre part, nous doutons que l'on puisse, sans arbitraire ni contradiction, élever une telle barrière et postuler par ailleurs que « tous ceux qui éprouvent une douleur certaine ont droit à réparation » (2).

D'une part, en effet, si l'argent est à même de compenser la douleur, il est illogique de refuser *a priori* toute indemnisation à

(1) 6e éd., t. 1, n° 324 2, p. 416, 2e alinéa.
(2) Idem, p. 416. Adde : Givord, nos 108 et s.

une douleur modérée ou à une souffrance qui s'est évanouie avant que le tribunal ne statue puisque le jugement est déclaratif quant au principe du droit à réparation (2 bis) ? Certes, le bon sens impose ces solutions mais elles témoignent de l'autonomie irréductible du *pretium affectionis*. Cependant que « *In lege Aquilia et levissima culpa venit* » (Digeste, 9.22.44. pr.).

D'autre part, escompter des exigences normales de la preuve, la limitation du cercle des ayants droit et le départ entre les douleurs sincères et celles qui le sont moins est peut-être aventuré. En l'espèce, comme le notait Ripert, chacun se crée son propre titre à indemnité par son affectivité (3). Les difficultés de preuve sont sans commune mesure avec celles que l'on rencontre en matière pécuniaire. En effet, si l'on se réfère à des présomptions de fait tirées notamment de la proche parenté ou de la cohabitation, ces présomptions (sauf indignité manifeste) tendent tout naturellement à devenir légales voire irréfragables et à dissimuler une règle de droit : « Chassez les critères arbitraires, ils reviennent au galop » !

Par exemple, si le demandeur est un très proche parent, toute tentative de rapporter la preuve d'une absence de douleur est en général odieuse ou ridicule : Ne vit-on point un mari indemnisé pour le décès d'une épouse « jeune encore » (sic) décision dont les implications *a contrario* font frémir (4). Aussi les magistrats répugnent-ils à entendre le responsable lorsqu'il se prévaut de la désagrégation du foyer du défunt ; ceci témoigne bien d'une vocation plus pénale que satisfactoire de l'indemnisation. Quelques décisions des juridictions inférieures ont jadis refusé un *pretium affectionis* à des conjoints séparés de fait voire en instance de divorce, spécialement en cas de « sévices sur la personne du mari » décédé (5). Mais la tendance actuelle est différente : la Chambre Civile invite les juges du fond à ne pas préjuger des suites de l'action en divorce (6). De même, les enfants mineurs

(2 bis) Cf. sur ce point, MAZEAUD-TUNC, n° 2256.

(3) « Règle Morale » préc., n° 182, p. 348 ; Comp. Lyon, 26 mai 1967, G.P. 1966.2.258, D. 1967.S.9. Fiancée devenue conjointe après l'accident par commisération : indemnisation accordée... en tant que veuve au surplus.

(4) T. Civ. Seine, 31 janvier 1913, La Loi du 23 mai 1918, G.P. Tables 1912-1920, V° Responsabilité, n°s 33 et s. Comp. RODIÈRE, n° 1608, p. 227 a, et la recherche de l'affection concrète réelle à propos des beaux-parents.

(5) T. Civ. Bayeux, 7 décembre 1933, Legastellois c/ Girard, D.H. 1934. 63. Adde : T. Civ. Lille, 25 avril 1932, Vve Bauwens, G.P. 1932.2.190 (« Il ne saurait être question de pretium doloris en la cause »).

(6) Civ. 23 décembre 1947, Vve Moreau préc., D.P. 1948.112, J.C.P. 1948. 2.4304, note Savatier, G.P. 1948.1.108 (A la vérité, l'arrêt de cassation concerne surtout l'aspect patrimonial mais l'arrêt cassé envisageait les deux aspects. Cf. *supra*, n°s 130 et 144).

Adde : Paris, 20 octobre 1932, G.P. 1932.2.787 ; Nancy, 18 février 1949, Rec. Nancy 1949.45.

Contra : Crim. 17 janvier 1957, G.P. 1957.1.434 (hostile à l'indemnisation, sol. impl.).

d'une victime déchue de la puissance paternelle ont droit à un *pretium affectionis* (7).

En revanche, au delà de la cellule familiale étroite, il faut en général rapporter la preuve de circonstances particulières établissant une altération des conditions d'existence : membres de la « famille naturelle », concubin, adoptant de fait, futur conjoint, frères et sœurs majeurs, etc...

197. — En somme, le préjudice d'affection n'est à nul autre comparable. L'on imagine mal une mission d'expertise technique relative au *quantum affectionis* (8). Aussi, souscrivons-nous dans l'ensemble à la liste des ayants droit déterminée à partir du droit positif mais il ne faut pas se dissimuler qu'elle résulte moins de la preuve de l'existence d'un dommage « réparable » que d'un arbitraire nécessaire. Sinon, comment justifier le refus d'indemniser une souffrance modérée ? *Comment expliquer qu'aucun ami n'ait obtenu — ni même sollicité — une indemnisation sinon par une tradition coutumière* de poursuite familiale ? Pour employer un parler populaire : « Cela ne se fait pas ».

C'est pourquoi, lorsque le responsable est un membre de la famille du défunt ou du demandeur, le juge refuse de lui imposer cette peine privée : Une épouse ne se venge pas contre son époux du décès de sa propre sœur. Pas plus qu'un père ne réclame le prix du sang à son propre fils (9).

Par ailleurs, pour autant que l'on puisse lire entre les lignes des motifs, l'évaluation du *pretium affectionis* n'est pas opérée dans une optique compensatoire.

§ 2. — DE L'EVALUATION DU PREJUDICE D'AFFECTION.

198. — Au plan des principes, nul n'est en droit de douter que ce préjudice soit réparable puisque la Cour Suprême l'affirme : « L'article 1382 C. Civ. oblige... à *réparer* l'entier dommage, *sans distinguer* selon qu'il s'agit d'un dommage matériel ou d'un

(7) Douai, 30 octobre 1939 préc., Rec. Douai 1940.84.

(8) Comp. cependant : T. Civ. Neufchâtel, 12 juin 1957, Devouassou, D. 1957.538.

(9) Trib. fédéral suisse, 8 juin 1937, Rev. Gen. Ass. Terr. 1938.379 (La sœur de la victime, fiancée au responsable, l'épouse ensuite. Il était absurde de dire qu'elle n'éprouvait pas de préjudice moral. Ce que signifie cette décision, c'est qu'elle avait nécessairement renoncé à se venger de son ex-fiancé, devenu son époux). De même : Paris, 11 mars 1965, Gautier c/ Gautier (inédit). Un père ne peut décemment se porter partie civile contre son fils, responsable du décès accidentel de sa propre mère et lui demander le « prix du sang »... Evaluation ramenée à 500 Frs nouveaux, l'attitude du père témoignant de l'absence d'affection profonde pour sa famille. Cette espèce eut les honneurs de la Grande Presse, l'opinion étant sensible au caractère scandaleux d'une telle prétention.

dommage moral » (1). Toute décision qui alloue expressément une indemnité de principe est censurée (2).

Mais, par ailleurs, l'évaluation relève du pouvoir souverain du juge du fait (3) ; l'anarchie règne donc en pratique. Dans des circonstances de fait voisines, le *pretium affectionis* peut varier de 1 à 15 (4).

Pour autant que l'on puisse formuler une impression globale à partir d'un tel désordre, nous discernons trois préoccupations chez le juge du fait. C'est tout d'abord une hostilité larvée envers l'octroi d'un *pretium affectionis* important lorsque la douleur se présente à l'état pur. L'indemnité est alors *en fait, une indemnité de principe* qui correspond rarement aux honoraires d'un avocat, même aux exigences modestes. Il est donc évident que, en l'absence d'un dommage matériel connexe, le demandeur n'agit pas par esprit de lucre ou que, du moins, le tribunal ne l'y incite pas : les indemnités sont couramment inférieures à 1.000 francs (5). Par exemple, la Cour de Paris a octroyé 2.000 francs en 1962 à une nièce — non déduits les frais d'obsèques — (6). Il est probable que les frais de l'instance absorbèrent et au-delà, cette somme. Est-il très sérieux d'étudier *in abstracto* le principe même de la réparation sans se soucier de la seule préoccupation du justiciable (7) ? L'Ecole ne risque-t-elle point d'y perdre son crédit auprès de la Pratique ?

(1) Crim. 15 mai 1957, Aligaud c/ Bouleau, D. 1957.530, B., n° 410, G.P. 1957.2.155.

(2) Angers, 29 septembre 1954 cassé par Crim. 15 mai 1957 ; Adde : Civ. 2e, 28 novembre 1962, Veuve Onillon, B.C. 1963.II, n° 756, D. 1963.77, G.P. 1963.1.108 (Casse Angers, 5 octobre 1960 qui avait accordé 3.000 N. Frs à la veuve — somme assez usuelle — mais en déclarant que « de principe ») Adde : T. Civ. Mayenne, 14 janvier 1954, G.P. 1954.1, Somm. Responsabilité, n° 57 et Nancy, 23 novembre 1949, Rec. Nancy 1950.31 (Pas de pourvoi semble-t-il).

(3) A propos du pretium affectionis du père et des frères de la victime, voy. Crim. 30 novembre 1934, Panza c/ Icard, G.P. 1935.1.103 (... « préjudice suffisamment affirmé par la déclaration du juge et par l'évaluation qu'il en fait »).

(4) Voyez les chiffres moyens cités par M. Le Roy (*op. cit.*, n° 171 : de 8.000 à 20.000 Frs. pour un conjoint ; nos 176 et 180 : 1.000 à 10.000 Frs entre ascendants et descendants, etc...).

(5) Le Roy, n° 183.

(6) Paris, 21 mai 1962 préc., G.P. 1962.2.341 (Ne pas perdre de vue qu'à l'heure actuelle, les honoraires usuels atteignent fréquemment 1.000 Frs même pour une représentation devant le tribunal d'instance et toujours plus de 2.000 Frs lorsqu'il y a procédure d'appel).

(7) Le *divorce regrettable du Palais et de l'Ecole* se manifeste ici en ce sens que les auteurs (voire les répertoires) ne songent pas à considérer le chiffre de l'indemnité. Il semble *erroné de mettre sur le même plan une indemnité substantielle et celle qui,* ne recouvrant pas les frais et tracas du demandeur, *se traduit en définitive par une perte sèche.* Les formules abstraites sont une chose, l'effectivité de la réparation en est une autre (Comp. *supra* n° 130, où nous avons relevé que des décisions fréquemment citées par les auteurs comme indemnisant des épouses séparées ou en

Relevons ensuite la relative modestie du *pretium affectionis* accordé à ceux qui ont effectivement subi une atteinte dans leurs conditions d'existence quotidienne voire un choc psychique durable : 400.000 anciens francs pour la perte d'un vieux conjoint en 1953 (8), 10.000 anciens francs (soit une valeur de 1.400 francs actuels) en 1945 pour la perte d'un fils majeur (9). Certes, il est exact que certains tribunauv accordent près de 20.000 francs « pour la mort d'une mère de famille ne rapportant aucun revenu au foyer ». Mais peut-on considérer avec MM Mazeaud que ces « sommes constituent par leur importance une véritable réparation » ? (10). D'ailleurs, s'agit-il uniquement d'affection ? Songeons aux difficultés concrètes auxquelles un jeune veuf se heurtera dans l'éducation de ses enfants car il est des foyers sans domestique... Le parallélisme frappant avec le droit administratif semble d'ailleurs avoir échappé à la doctrine civiliste laquelle prête peut-être trop d'attention à « l'étiquette » du dommage. Le Conseil d'Etat, nous le savons, accorde de 1.000 à 2.000 francs pour préjudice moral et de 20 à 40.000 francs pour « troubles apportés dans les conditions d'existence » (11). Le juge judiciaire semble procéder de même mais il n'utilise qu'un seul revêtement juridique.

Notons enfin que, en cas de pluralité de *pretium affectionis*, le total des indemnités allouées n'est proportionné ni au total des douleurs à « compenser », ni au coût des satisfactions nécessaires aux demandeurs considérés *in concreto*. Il est donc conçu comme *une peine répartie entre les différents ayants-droit s'il y a lieu* (12). C'est pourquoi une hiérarchisation des ayants-droit éven-

instance de divorce ou mariées in extremis accordaient en fait, du chef du dommage matériel, des indemnités inférieures à 100.000 A. Frs... P. ex. Nancy, 18 février 1949, Rec. Nancy 1949.45 ; T. Civ. Rouen, 8 novembre 1954, G.P. 1955.1.199, etc...).

(8) T. Corr. Nantes, 27 mai 1953, G.P. Tables 1950-55, V° Responsabilité, n° 19, p. 330. Adde : Angers, 5 octobre 1960 préc. (3.000 N. Frs).

(9) Paris, 26 octobre 1945, D. 1946.121, G.P. 1945.2.196.

(10) *Op. cit.*, n° 319, p. 412 in fine.

(11) Cf. *supra*, n°s 134 in fine et 168, notes 34 et s. Adde : C.E. 11 janvier 1967, Gaz de France, Req. n° 66.373, Bull. D. Adm. 1967.72 (2.000 Frs à la fille et à l'époux pour préjudice moral + 20.000 Frs à l'époux pour les troubles) ; C.E. 1er février 1967, Sté E.E. Urbain et Rural, Req. n° 62535, Bull. D. Adm. 1967.73 ; C.E. 4 octobre 1968, dlle Doukakis, Req. 71.582, Bull. D. Adm. 1968.342 (50.000 F. pour la mère d'un jeune infirme).

(12) P. ex. Amiens, 17 novembre 1931 (S. 1932.2.118) accorde au total 8.700 Frs pour 16 demandes, Paris, 18 novembre 1932 (G.P. 1933.1.61) 5.000 Frs pour 5 demandes et Paris, 10 février 1933 (D.H. 1933.290) 6.000 Frs pour une demande, etc. Les sommes sont du même ordre (amende).

Adde : 2 enfants de 12 ans se noient par la faute d'un loueur de barques. Aucun préjudice matériel certain : 8.000 Frs à la mère de l'un qui est veuve et 4.000 Frs à chacun des parents de l'autre ! comprenne qui pourra cette technique ! En fait, on répartit ce que l'on a décidé de faire payer au responsable (T. Corr. Millau, 13 janvier 1956, G.P. 1956.2.25)... ou plutôt à son assureur... mais « ceci est une autre histoire » (Cf. n° 176, *supra*).

tuels à indemnité serait opportune à tous égards, en fait comme en droit.

§ 3. — DU CHOIX D'UN CONTRADICTEUR LEGITIME

199. — Tout critère juridique est inéquitable et inefficace (1). Doit-on se résigner pour autant à accorder un *pretium affectionis* à la multitude de demandeurs susceptibles d'agir, de concert (2) ou en ordre dispersé, au risque de surprendre ainsi la bonne foi du tribunal s'il a déjà attribué l'intégralité de ce qu'il pensait mettre à la charge du responsable (3) ? Du point de vue de l'administration de la Justice un tel système multiplierait les frais frustratoires et encombrerait la barre des tribunaux. En outre, au plan financier, la charge cumulative des indemnités serait intolérable si l'on « compensait » réellement les douleurs qui s'additionnent voire se multiplient. En effet, selon une idée reçue (d'inspiration nataliste mais contestable), les familles nombreuses seraient plus unies (4). En revanche, dans le cadre de la théorie de la peine privée, cette multiplicité est aberrante : « *Non bis in idem* ».

La doctrine dominante convient donc de la nécessité d'établir une hiérarchie au sein de la liste des ayants droit. Pour leur part, les juges, sans reconnaître de jure que le *pretium affectionis* est une peine privée, ont établi *de facto* une telle hiérarchie.

200. — La nécessité de *maintenir* un ordre entre les demandeurs à l'imitation de l'Ancien Droit est une conséquence logique de l'idée de peine privée (5). Elle s'est même progressivement imposée aux auteurs qui adoptent la théorie satisfactoire : MM. Mazeaud souhaitent aujourd'hui « *ressusciter* le caractère familial de l'action » (6).

(1) Cf. *supra*, n° 191 (doctrine Pilon par exemple).

(2) P. ex. Crim. 31 octobre 1930 préc., S. 1931.1.135 (veuve, enfants, belle-sœur) ; Douai, 10 décembre 1953 préc., D. 1954.176 (3 enfants, mère âgée, 2 sœurs majeures) ; et les arrêts cités n° 198 in fine.

(3) P. ex. Alger, 23 mai 1892 préc., S. 1894.2.62, D.P. 1894.2.47 (veuve et fils puis mère âgée) ; Amiens, 17 novembre 1931 préc. (veuve puis 4 enfants, leurs 4 conjoints et 7 petits-enfants).

(4) Le doyen Savatier invoque ces « affections plus étroites » (*op. cit.*, t. 2, n° 559, p. 125) mais les criminologues relèvent que près de 60 % des détenus sont issus d'une famille de plus de 3 enfants alors que le taux est de 20 % dans la population générale (Pinatel, t. 3 préc., n° 193, D., p. 248).

(5) En ce sens : Sourdat, *op. cit.*, t. 1, n° 56, p. 42 in fine ; Ripert, « Règle Morale », n° 183 2°, p. 353 et D. 1948, Chr. p. 2, col. 2 ; Savatier, t. 2, n° 559 in fine ; Flour, *op. cit.*, Rev. Crit. Leg. et Jur. 1968, p. 363 in fine ; *Contra* : Rodière, n° 1608 C., in fine, p. 228.

(6) H. Mazeaud : « Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel ? », D.H. 1932, Chr. 77 et s. (Voyez notamment p. 82 in fine). Adde : Mazeaud-Tunc, t. 1, n° 324-2, p. 416, 6e éd. *Contra* : Givord, n° 111.

L'on sait que l'action criminelle privée prévoyait un ordre et qu'elle pouvait être intentée à titre successoral, c'est-à-dire du chef de l'occis, ou à titre personnel. Certes, dans le premier cas, tout continuateur de la personne du défunt pouvait agir mais ceci excluait *ipso facto* les parents éloignés sans vocation successorale (7). Par ailleurs, lorsque le demandeur agissait à titre personnel, l'action était réservée « à ceux qui étaient attachés à l'offensé par les liens les plus étroits » (8). Denisart et Jousse envisagent uniquement l'action de la veuve ou celle des parents en ligne directe, en y incluant toutefois la parenté biologique.

En somme, alors que la solidarité familiale a décliné depuis l'Ancienne France, la liste des ayants droit éventuels se serait plutôt accrue ! C'est pourquoi MM. Mazeaud ont suggéré de se fonder sur la « cohésion familiale » (9) lésée par le décès et d'accorder une action, exercée au nom de la famille, à la cellule conjugale (conjoint survivant et mineurs vivant au foyer) puis, à défaut, au parent le plus proche en degré avec une préférence au plus âgé. La finalité de ce système emporte l'approbation mais sa technique juridique soulève deux objections

D'une part, il est déjà contraire à la logique du système satisfactoire d'exclure de la « compensation » pécuniaire les simples regrets par opposition au désarroi de l'âme (10). Il l'est, plus encore, de refuser de compenser certains « désarrois ». En fait, seule la notion de peine privée assure un fondement cohérent à cette nécessaire hiérarchie.

D'autre part, le critère « arbitraire » du lien *juridique* de parenté ou d'alliance ressurgit ainsi tant sous le couvert d'une présomption quasi-irréfragable au plan de la certitude (11) que sous celui d'une hiérarchie des ayants-droit. A notre sens il serait choquant, même dans le cadre de la peine privée, qu'un collatéral prime un membre de la « domus ». Il conviendrait donc, selon nous, de modifier l'ordre suggéré par MM. Mazeaud en élargissant la notion de cellule conjugale afin qu'elle coïncide avec celle de personne à charge et en assimilant les enfants de fait aux autres descendants, un enfant naturel même non reconnu devant primer un grand-père par exemple (12).

(7) *Supra*, n° 56, Jousse préc. (« succedit in personam », t. 1, p. 586) et Coutume de Cambrai préc. (veuve et « hoirs plus prochains »).

(8) Denisart (« Cas où il n'est pas nécessaire d'être héritier... », précité n° 56, note 22).

(9) *Op. cit.*, D.H. 1932, Chr. p. 82 et Mazeaud-Tunc préc., p. 417. Comp. Savatier préc. (« barrage » à l'action des parents plus éloignés) et Ripert préc., n° 183 (« ...une personne absorbe en elle la douleur des autres »).

(10) H. Mazeaud, D.H. 1932, Chr. p. 82 (Cf. *supra*, n° 196 in limine).

(11) Cf. *supra*, n° 196 (et notes 3 à 7).

(12) Comp. Flour, Cours préc. 1964-65, p. 635 (... « admettre à titre subsidiaire » les étrangers à la famille légale). A vrai dire, il s'agit là d'une option de lege ferenda. Cf. *infra*, 3e partie.

201. — Les juridictions du fond admettent un tel ordre sans l'avouer. D'une part, il est rare que des parents éloignés agissent en présence de parents plus proches en degré. « Le bon sens et le respect de l'humain » (13) pallient ici les lacunes du Droit écrit. N'est-ce pas là la notion même de coutume ou, du moins, d'usages familiaux ? D'autre part, en cas de demandes concurrentes, les tribunaux, sans contester la réalité de la douleur, procédé inélégant, usent de deux subterfuges. Tantôt, ils exigent un désarroi de l'âme et une atteinte aux conditions d'existence, écartant ainsi certaines demandes (14) qu'ils accueilleraient en cas de demande unique (15). Tantôt, ils se contentent de l'octroi d'une indemnité symbolique (16).

L'on pourrait peut-être mettre cette hiérarchie en application de manière moins discrète. En effet, le droit de la responsabilité comporte déjà tant d'éléments prétoriens par ailleurs. Au surplus, *à l'époque dite de « l'exégèse » la Cour de Cassation témoignait de plus d'audace* puisqu'elle imposait une participation des proches non parties au litige au bénéfice de l'indemnité (17). Mais, de nos jours, la Cour Suprême ne serait vraisemblablement pas favorable à un tel système puisqu'elle prétend, quant à l'évaluation, assimiler le préjudice d'affection à un dommage réparable (18). En fait, elle n'a pas eu l'occasion de formuler explicitement sa doctrine sur ce point (19).

(13) RIPERT, D. 1948, Chr., p. 1 et s. : I in fine et *supra*, n° 197.

(14) T. Corr. Millau, 13 janvier 1956, Artières, G.P. 1956.2.25. (Pas de pretium affectionis aux frères mineurs et indemnité aux parents de la victime). Adde : T. Civ. Vitré, 11 décembre 1956, Garnier c/ Bordais, cité in Rev. Tr. Dr. Civ. 1957.109 ; Paris, 24 juillet 1929, G.P. 1929.2.682 (mère : oui et sœur : non) ; T. Civ. Toulouse, 17 avril 1902, S. 1905.2.81 (sœur : oui et neveu : non).

(15) A défaut de demandeurs plus proches : Pretium affectionis accordé à une mère brouillée — de son fait — avec la victime (Paris, 24 juillet 1929 préc.) ; à une épouse séparée ou en instance de divorce (Civ. 23 décembre 1947 préc., D.P. 1948.112).

(16) Paris, 18 novembre 1932, G.P. 1933.1.61 (1.000 Frs à chacun des 5 frères après 2 concubines et 1 enfant) ; Amiens, 17 novembre 1931, S. 1932.2.118 (1.000 Frs à chacun des 4 gendres ou brus) ; T. Civ. de Saint-Dié, 25 février 1938, D.H. 1938.334 (Ascendants après la veuve et les enfants mineurs) ; T. Civ. Mayenne, 14 janvier 1954 préc. (« de principe » pour frères après les parents) ; Douai, 10 décembre 1953, D. 1954.176 préc. (1.000.000 A. Frs à chacun des 3 enfants mineurs, 600.000 A. Frs à une mère âgée, 100.000 A. Frs à une sœur dévouée, 50.000 A. Frs à une autre sœur) etc...

(17) Crim. 12 juin 1841, B., n° 177 et Crim. 20 février 1863, S. 1863.1.319 précités. Cf. *supra*, n° 62.

(18) Comp. l'interdiction des indemnités de principe : Civ. 2°, 28 novembre 1962, D. 1963.77 préc., n° 198.

(19) Comp. toutefois Crim. 2 mai 1952, Bercot préc., J.C.P. 1953.2.7354. Indemnisation des frères et sœurs mineurs après trois ascendants, mais l'arrêt est peu significatif. La question n'était pas posée et il s'agit d'un arrêt de rejet.

Synthèse au regard des théories en présence.

202. — En définitive, les enseignements que l'on retire de l'étude du *pretium affectionis* sont, à première vue, bien décevants pour le juriste : *Aucune règle juridique, sinon purement négative,* c'est-à-dire l'absence de tout critère de recevabilité. Pour le reste, tout n'est qu'impressions subjectives et fragmentaires, induites des seules espèces répertoriées, en l'absence de statistiques utilisables. De leur analyse, l'on peut, semble-t-il, induire que l'action reste purement familiale (en y comprenant la famille « de fait ») et que la jurisprudence retient trois catégories d'ayants droit. Tout d'abord, les membres de la « domus » (y compris la parenté de fait) subissent une atteinte dans leurs conditions d'existence et reçoivent des indemnités importantes de l'ordre de 5.000 à 25.000 francs, compte tenu fréquemment d'aspects *patrimoniaux* peu saisissables (nécessité de « choyer » un enfant en bas-âge, orphelin de mère, par exemple). Viennent ensuite les parents en ligne directe qui reçoivent *toujours* un *pretium affectionis* s'ils le sollicitent par leur dispositif Toutefois, lorsqu'ils ne font pas partie de la domus, l'indemnité est modérée et varie en moyenne de 1.500 à 6.000 francs. Enfin, les parents plus éloignés (collatéraux ne cohabitant pas avec le défunt) sont soit exclus pour défaut de certitude, soit indemnisés symboliquement. Le *pretium affectionis,* de l'ordre de 1.000 francs, est presque toujours inférieur aux frais et tracas de l'instance non couverts par les dépens (20) Tels sont les faits : La théorie satisfactoire ne permet donc pas d'en rendre un compte exact et logique.

203. — En revanche, dans le cadre de l'idée de *peine privée,* il est possible de s'accommoder d'un *arbitraire qui est de l'essence même de la peine :* correctionnalisation judiciaire, pouvoirs considérables des magistrats dans la mesure de la sanction, dans son exécution et son extinction, etc... Peut-on se fier ainsi au bon sens des magistrats quant à la liberté et à l'honneur des citoyens

(20) L'on voit difficilement quelles économies substantielles seraient réalisées par la collectivité des assurés grâce à la *suppression du pretium affectionis.* Peut-on souligner que les assureurs qui jouissent d'un quasi-monopole (tarifs fixés unilatéralement) doublé d'une obligation légale de consommer pour le public (assurance obligatoire) servent des commissions de l'ordre de 10 à 20 %, à leurs agents et ont des frais de gestion supérieurs de 20 % à ceux de la Sécurité Sociale — branche accidents du travail — (Chiffres empruntés à M. Tunc, *Sécurité Routière,* n° 13). *Des économies plus substantielles pourraient* donc *être réalisées au sein de l'assurance* : L'on songe à l'absurdité du système économique qui, sous prétexte de respect des « droits acquis », rémunérait, aux frais des conscrits, les descendants des sergents-recruteurs pour chaque soldat appelé légalement sous les drapeaux. Adde : Sur les incidences de l'assurance, cf. *supra,* n°s 159 et 176.

et leur refuser cette confiance quant à l'appréciation arbitraire du *pretium affectionis* (21) ? Il y a là une soupape de sûreté utile et nécessaire en cas de faute grave et en l'absence de tout préjudice patrimonial direct (22). Il convient de ne pas retirer au juge un instrument, souple et général dans sa portée, en envisageant le seul cas de l'assurance de responsabilité des véhicules à moteur.

L'ordre public français exige la réparation du dommage moral (23). La justification en réside dans l'idée de peine privée qui impose un monopole de l'action au profit des demandeurs les plus proches du défunt. Il semblerait donc que, en cas de survie, la victime immédiate absorbe en elle-même la douleur et la vindicte familiale.

(21) A vrai dire, bien qu'il soit décevant de le constater, ceci semble conforme à une certaine mentalité nationale qui s'insurge plus facilement face à un risque d'arbitraire judiciaire en matière pécuniaire (expropriations, révision des baux commerciaux) que face à l'arbitraire de la détention préventive par exemple.

(22) Cf. T. Civ. Carcassonne, 4 janvier 1923 préc., D. 1924.2.35, G.P. 1923. 1.149, et la tentation d'accorder un pretium affectionis à une personne morale de droit public afin d'éviter l'impunité du responsable du décès d'un pupille de l'A.P. (Cf. *supra*, n° 90 in fine). Adde : Obs. Demogue (à propos de T. Comm. Seine, 14 avril 1909, G. Trib. 1909. 2 . 2.260 pour décès d'un jeune enfant) à la Rev. Tr. Dr. Civ. 1909.892, n° 3 : ... « Tant il y a au fond de droit pénal, de droit visant à détourner d'un acte, dans les sanctions civiles qui semblent, à première vue, purement réparatrices ».

(23) Paris, 1re ch., 20 octobre 1963, D. 1964.S.39, Journal du droit international 1964.103, note Goldman. (Ordre public opposé à la loi allemande qui en refuse la réparation).

CHAPITRE II

DE LA « REPARATION » DU PREJUDICE D'AFFECTION AU CAS DE SURVIE DE LA VICTIME IMMEDIATE

204. — Nous savons qu'il est impossible, — ou peu s'en faut — d'imaginer un préjudice matériel réfléchi certain qui résulte de l'interruption des subsides au cas de survie de la victime immédiate laquelle peut intenter son action et obtenir une réparation adéquate des conséquences de l'accident sur son propre patrimoine. Du moins, est-ce uniquement une question de fait. En revanche, pour le préjudice d'affection, il s'agit d'une question de droit.

En effet, la victime immédiate peut obtenir diverses indemnités. Celles-ci recouvrent, outre l'incapacité de travail proprement dite (I.T.T. et I.P.P.), la douleur physique et, de façon occulte, les perspectives d'abrègement de son existence ainsi que la privation des joies de l'existence liées à un équilibre psycho-physiologique normal : préjudices dits d'agrément, juvénile, esthétique, etc... (2).

Peut-on alors solliciter la « réparation » de la souffrance éprouvée au spectacle de la douleur physique ou morale d'un proche ? Selon un premier courant de pensée, généralement corollaire de la théorie satisfactoire, il s'agit d'une question de fait ; toute douleur certaine est compensable. Selon un second courant de pensée, corollaire de l'idée de peine privée et de monopole nécessaire de la vindicte familiale, l'action du blessé exclut celle des proches.

La jurisprudence comme la doctrine se partagent entre ces deux tendances (§ 1) sans en percevoir bien clairement les prémisses d'où le caractère aléatoire de tout examen doctrinal (§ 2).

(1) Cf. *supra* avec des nuances n°s 12 à 23.
(2) Cf. *supra*, n° 166.

§ 1. — DE L'INCOHERENCE DU DROIT POSITIF.

De telles actions sont rares en pratique car une pudeur normale les freine (3). Elles concernent surtout, d'une part, les souffrances subies par les parents lorsque la victime est un *infans* (action exercée sous une double qualité) et, d'autre part, la douleur morale du conjoint de la victime. La tradition est hostile à la réparation de tels préjudices. Mais, faute d'une analyse théorique suffisante, la Cour de Cassation n'assure ni une solution satisfaisante ni même l'unité de l'interprétation.

205. — De tout temps, les parents ont souffert des peines de leurs enfants. Il est donc fort étrange que, d'une part, la doctrine moderne ait pris conscience aussi récemment de cette difficulté (4) et que, d'autre part, les précédents usuellement cités soient postérieurs à 1930 (5).

L'Ancienne France connaissait un monopole de l'action au profit de la victime et un ordre entre ses successeurs ou ses proches en cas de décès (6). Ni les auteurs (7), ni les magistrats (8) n'ont au XIX[e] siècle envisagé de telles espèces. Ils doutaient même (à juste titre) de la transmissibilité active de l'action du défunt en cas de survie provisoire car ils y voyaient une présomption de pardon ou de renonciation (9). Sauf omission, nous n'avons recensé aucune décision significative avant 1930. Un arrêt de la Cour de Colmar en date du 13 février 1911 accorde certes une indemnité aux parents d'un jeune garçon blessé grièvement et leur propre préjudice est qualifié de matériel *et* moral A vrai dire, l'arrêt semble surtout concerner le principe même de la réparation du préjudice d'affection. Toujours est-il que le problè-

(3) En ce sens : RIPERT, D. 1948, Chr. p. 1 I préc.

(4) En 1938, M. Givord ne semble pas envisager la possibilité de telles actions (p. ex. n° 107, p. 164).

(5) Voy. p. ex. les décisions citées in MAZEAUD-TUNC I, n° 326, note 1 bis, 5[e] éd.

(6) Voy. *supra*, n[os] 54 et s. et n° 200. Adde : LOYSEL, L. 3, t. 3, n° 22, cité in DENISART, *op. cit.*, n° 6.

(7) SOURDAT, *op. cit.*, n° 54, p. 61 (« décès ») ; DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 31, p. 578, n° 675 (« décès... deuil, douleur ») ; LAURENT, *op. cit.*, t. 20, n° 534, p. 578 (... « veuve... ») etc...

(8) Cf. la jurisprudence précitée n° 182, spécialement notes 2, 3, 8, 9 et 10. Adde : La formule des arrêts précise généralement « au cas de décès » (P. ex. Crim. 20 février 1863 préc., D. 1864.1.19) même pour le dommage patrimonial.

(9) P. ex. AUBRY et RAU, 4[e] éd. 1871, t. 4, § 445, p. 751 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, 3[e] éd. 1909, t. XV, n° 2284 in fine, p. 586 ; DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 31, p. 586, n° 681 2°

Comp. Douai, 16 mars 1898 (1[er] président MAZEAUD), Tromont c/ Delattre, D. 1898.2.415 (Transmissibilité limitée aux actions non attachées à la personne et lorsque la survie — 3 jours — ne permet pas de présumer la renonciation).

me n'était pas posé avec clarté (10). Ce précédent ne mérite donc point d'être retenu.

206. — Se ralliant à la doctrine Pilon dès 1933, tout en la précisant (11), le président Mazeaud fit ultérieurement adopter par la Chambre des Requêtes le 22 décembre 1942, une position de principe dépourvue de toute ambiguïté : « Attendu que, si la mort d'un être cher, parent ou allié, est susceptible de causer à ses proches, par l'atteinte qu'elle porte à leurs sentiments d'affection, un préjudice moral... Il n'en va pas de même *lorsque,* comme en l'espèce, la *victime survit à ses blessures,* dont *elle est ou peut être indemnisée,* et se trouve conservée à leur tendresse » (12).

Cette doctrine de la Chambre des Requêtes ne fit pas jurisprudence. Peu après, dans une espèce où les juges du fond ont accordé un *pretium affectionis* au père d'une jeune infirme, le filtrage des pourvois par la Chambre des Requêtes se révèle inefficace. Après délibération en la Chambre du Conseil, la Chambre Civile rend le 22 octobre 1946 un arrêt de rejet ainsi motivé : « Attendu qu'il est relevé par l'arrêt attaqué que le sus-nommé avait subi un préjudice moral d'un caractère *exceptionnel* à raison du grand chagrin ressenti par lui et constamment renouvelé à la vue de sa fille unique, seul objet de son affection, atteinte désormais d'une infirmité définitive et susceptible de compromettre gravement les conditions de son existence... la Cour a pu décider, en la circonstance, qu'il était dû réparation à celui-ci, dans les *termes non limitatifs de la loi,* d'un tel préjudice » (13).

L'on a songé à concilier ces deux décisions en y voyant des questions de fait (14). La lecture des arrêts témoigne cependant de l'opposition irréductible entre deux motifs de principe : « la victime survit à ses blessures, dont elle est ou peut être indem-

(10) Caen, 13 février 1911, Hérode, S. 1911.2.279 ; Adde : Nancy, 28 mars 1908, G.P. Tables 1907-1912, V° Responsabilité, n° 91.

(11) Amiens, 5 décembre 1933, 1re ch., Mazeaud 1er prés., Porcher c/ Raynaud, G.P. 1934.2.681, sous-note b, D.H. 1934.75 : « Dans le domaine des sentiments d'affection, le préjudice moral donnant droit à réparation ne saurait résulter que de la *douleur profonde et irrémédiable* causée par la *perte d'un être cher, parent ou allié* ». et Amiens, 1re ch., 20 juillet 1933, Azame c/ Louvier, inédit (cité in Mazeaud-Tunc, 5e éd., p. 409, note 1 bis : même formule).

Adde : T. Civ. Seine, 4e ch., 28 novembre 1933, Linard c/ Passerat, D.H. 1934.S.31 (... « survivant »...) ; Paris, 5e ch., 4 février 1935, Cie de l'Est c/ Normand, D.H. 1936.S.4 (même formule que la Cour d'Amiens).

(12) Req. 22 décembre 1942, Mazeaud prés., Guilbaud c/ Delormel, D. 1945.99, note Givord, J.C.P. 1943.2.2334, note Houin, S. 1943.1.36, G.P. 1943. 1.107 (Espèce : enfant blessé, plusieurs opérations chirurgicales, long traitement).

(13) Civ. Rej., 22 octobre 1946, Mongibeaux 1er prés., SNCF c/ Geneix, D. 1947.59, G.P. 1947.1.5, J.C.P. 1946.2.3365, note A.S.

(14) Cf. Ripert, *Le prix de la douleur,* D. 1948, Chr. 1 et s. préc. II (p. 3, col. 2) et l'idée que en cas de blessures la douleur ne se présume pas. En fait, Ripert désapprouve cette jurisprudence par ailleurs.

nisée » d'une part, « les termes non limitatifs de la loi » d'autre part. Au surplus, l'opposition entre ces deux courants s'est accentuée ultérieurement et a résulté en un conflit de jurisprudence au sein de la Cour Suprême.

207. — Les juridictions répressives sont hostiles à ce cumul d'actions civiles à vocation pénale. La Chambre Criminelle qualifie donc « d'indirecte » cette douleur morale et réaffirme que le droit d'exercer l'action civile est « exceptionnel » (15). La plupart des juridictions répressives du fond se conforment à sa jurisprudence (16). Celle-ci nous semble moins fondée sur les principes relatifs à la recevabilité de l'action civile que sur le monopole nécessaire de la vengeance privée. En effet, l'on voit mal pour quelle raison la souffrance causée par la disparition d'un être cher dans l'autre monde résulterait « directement » de l'infraction mais non la douleur née de sa disparition définitive dans la « fosse aux serpents » des morts-vivants ou du spectacle quotidien de son martyre ou bien encore son décès après-coup pour une cause étrangère à l'accident (17).

(15) Arrêt de Principe : Crim. 4 mai 1954, Le Marec c/ Loubriat, J.C.P. 1954.2.8245, note Esmein, G.P. 1954.2.111 (Arrêt de rejet. En l'espèce, Paris 7 mai 1953 avait refusé l'exercice de l'action civile à l'épouse de la victime rendue définitivement infirme le jour même de leur mariage).

Adde : Crim. 29 novembre 1966, dame Chattelet c/ Pageau, J.C.P. 1967.2. 14979, not P. C. (A vrai dire, vise surtout le dommage matériel puisqu'il s'agit de l'aggravation de l'obligation d'assistance. Cf. *supra,* n° 17). Crim. 5 juillet 1967, Braem, B., n° 203, p. 482 (Victime âgée de 82 ans, déficience mentale puis décès sans qu'il soit établi une causalité bien évidente en l'espèce). Rouen, 2 mai 1966 est cassé : « En faisant droit aux demandes des cons. Almeras qui se fondaient sur un préjudice découlant des conséquences du délit dans la personne de leur mari et père, etc... ». Comp. Crim. Rejet, 2 mars 1967, Werquin, J.C.P. 1967.IV.53 (Oui si accident mortel) et Crim. *Cassation,* 7 février 1967, femme Lobin, J.C.P. 1967.IV.41 (oui si accident non mortel puis décès pour une cause étrangère à l'accident. La finalité de la règle est évidente : *Non bis in idem mais toujours au moins une action*). Amiens, 3e ch. corr., 2 février 1967, Veuve Kaci, J.C.P. 1967.IV. 83 (Aucun préjudice matériel ou moral du fait de la maladie d'un enfant par suite d'une infraction).

(16) *Contra* : Paris, 17e ch. corr., 19 mars 1959, Chauvières, G.P. 1959.2. 149 (père de la victime) ; Paris, 13e ch. corr., 26 février 1960, Lefort, G.P. 1960.1.234 (femme et enfants d'un impotent... y compris pour le préjudice matériel. La question n'a pas été vue par la Cour. Cf. *supra,* n° 17, note 28). Autre décision mal construite : Paris, 13e ch. corr., 20 juin 1963, X..., D. 1964.30 qui admet le principe puis accorde « une somme à titre symbolique » aux parents... ce qui est encourir deux fois la cassation.

(17) Paris, 12e ch. corr., 14 février 1966, Baratié c/ Sabatier, G.P. 1966.1. 296, 1re esp. : « L'exercice de l'action civile devant la juridiction pénale est un droit exceptionnel qui, en raison de sa nature, doit être strictement limité à la réparation du préjudice causé par l'infraction à la personne directement lésée ; il n'est pas possible de l'étendre aux membres de sa famille dès lors qu'ils se fondent sur les conséquences du délit dans ce qu'elles ont eu de dommageables pour la victime ». (Epouse et mère des demandeurs, âgée de 21 ans, défigurée, 100 % d'IPP, *internée définitivement* pour aliénation mentale).

Il n'est qu'une justification logique de la jurisprudence criminelle : Un monopole de fait est conféré au blessé s'il reste lucide. Par ailleurs, s'il est en état d'aliénation mentale, ses proches agissent de son chef et ne peuvent plus agir en leur nom propre : *Non bis in idem.*

Cette jurisprudence trouve trop peu d'écho auprès des juridictions civiles, du moins au plan des principes abstraits (18). En effet, le revêtement juridique d'un monopole de l'action au profit du blessé y est plus difficile à concevoir. Il faut en effet plus d'audace pour alléguer explicitement l'idée de peine privée qu'il n'en faut pour soulever l'absence de lien causal direct par rapport à l'infraction.

208. — Pour sa part, la Chambre Civile a précisé et approfondi la portée de l'arrêt de 1946. En premier lieu, dans l'hypothèse des souffrances morales causées aux parents d'un blessé, l'allusion au caractère exceptionnel du préjudice devient une clause de style dont la Cour Suprême pallie elle-même l'omission si besoin est (19).

En second lieu, à propos de la perturbation des rapports extra-patrimoniaux au sein de la société conjugale, un arrêt de cassation en date du 21 octobre 1960 affirme : « La *circonstance que dame Vienne* (la victime) *avait effectivement obtenu réparation du préjudice qui lui avait été causé par l'accident, ne faisait pas*

Paris, 12e ch. corr. 30 novembre 1957, André c/ Courbet, D. 1958.S.90, G.P. 1958.1.258 distingue plus nettement le « droit à réparation » de son « exercice devant les juridictions répressives ». Bébé de 4 mois « ramené à un *état végétatif* et définitif ». Comp. outre les arrêts précités note 15, T. Adm. Lyon, 14 juin 1963, Giraud, D. 1964.345. En notre sens : Esmein préc., J.C.P. 1954.2.8245.

(18) Nancy, 25 mai 1952, Holvoet c/ Lequeux, D. 1952.677 utilise le même motif de principe que Req. 22 décembre 1942 (Espèce peu « dramatique » au surplus : Morsure par un chien et préjudice esthétique pour un enfant de 5 ans).

T. Civ. Gaillac, 24 juin 1958, Raynaud c/ Farjon, J.C.P. 1959.2.1113, note E. C., obs. H. L. Mazeaud, Rev. Tr. Dr. Civ. 1959, p. 535, n° 12 : « *En raison de sa nature, un tel préjudice disparaît avec la réparation de celui-même dans lequel il trouve sa source* ». (Espèce : épouse blessée et perturbations affectives, psychiques et sexuelles dont le conjoint demandait réparation).

Trib. Gr. Inst. Nice, 9 mars 1962, époux Mielle, D. 1962.415, note Le Roy (... « il ne faut pas oublier que leur fils a été indemnisé de ce chef... ; *accorder une indemnité aux parents* parce qu'ils ont vu souffrir leur enfant *serait faire payer deux fois le débiteur* »).

Nota : En fait, les cas d'indemnisation effectifs sont très rares (Cf. *infra*, n° 208, notes 20 et 21 et n° 212).

(19) Civ. 2e, 15 février 1956, Luc c/ Lachat, D. 1956.350, B.C. 1956.II, n° 125, p. 78 : L'arrêt relève dans les circonstances de fait un « préjudice moral réfléchi de... » caractère exceptionnel qui justifiait, en présence des termes non limitatifs de la loi, l'allocation de dommages-intérêts ». Adde : Civ. 2e, 20 décembre 1962, Colombo, B.C. 1962.II, n° 819, p. 600 (Rejet du pourvoi mais sans examen au fond : moyen nouveau mélangé de fait et de droit) ; Civ. 2e Rej., 16 février 1967, Anger, J.C.P. 1967.IV.47 (Pas exceptionnel en l'espèce : 15 % I.P.P.).

disparaître ipso facto le dommage moral que son mari prétendait avoir personnellement et distinctement subi » (20).

Plus ou moins fortement motivée, la tendance dominante des juridictions inférieures est en ce sens (21).

§ 2. — EXAMEN DOCTRINAL.

209. — La jurisprudence de la Chambre Civile est approuvée par la doctrine dominante, tant par des auteurs qui, tels MM. Henri et Léon Mazeaud (1), se fondent sur la théorie satisfactoire que par d'autres, qui, tels MM. Esmein et Rodière, se réfèrent pourtant à l'idée de peine privée (2). *De lege ferenda,* « la nécessi-

(20) Civ. 2e, 21 octobre 1960, Vienne c/ Bouclier, G.P. 1960.2.303, D. 1961.S.18, B.C. 1960.II, n° 594, p. 404.

Adde : Civ. 2e Rej. 10 juin 1964, Lapeyre, B.C. 1964.II, n° 460, p. 345, D. 1964.S.111, J.C.P. 1964.IV.106 (... « état psychique... de l'épouse ne pouvait que retentir péniblement sur les rapports entre époux et compromettre la paix et le bonheur du ménage... »).

(21) Colmar, 8 décembre 1934, Meyer, S. 1935.2.172, G.P. 1935.1.146 (fiancé de la victime) ; Paris, 5e ch., 2 novembre 1935, Dlle Mariny, Rec. Gaz. Trib. 1936.2.97 (mari) ; Paris, 5e ch., 25 novembre 1935, Lavielle, Rec. Gaz. Trib. 1936.2.98 (Mari... espèce originale : L'épouse décéda après coup et sans rapport avec l'accident) ; T. Civ. Nantes, 18 mars 1941, Daudin, G.P. 1941.1.455 : ... « Les soucis, pour être moins lourds que ceux occasionnés par le décès, n'en sont pas moins réels... » (action de l'épouse) ; Rouen, 1er mars 1949, Daspic, D. 1950.215, note Ripert : « termes non limitatifs de la loi » (200.000 A. Frs au mari dont l'épouse est invalide à 90 % et défigurée).

Paris, 1re ch., 25 octobre 1949, Lefèvre,, D. 1950.S.19, G.P. 1950.1.57 (Espèce complexe et peu significative. Les parents d'un résistant dénoncé par L... cumulent l'action de leur enfant à titre successoral et la réparation du choc moral consécutif à *l'arrestation*).

T. Civ. Nogent-sur-Seine, 29 juin 1956, Nicolas, G.P. 1956.2.234, sous-note, D. 1957.S.6 (Après 6 ans de réflexion, le mari découvre un préjudice affectif qu'il avait omis d'alléguer lors d'une précédente instance ! ! !... Ce « chagrin à la vue de son épouse » dans un état grabataire lui vaut 1.000.000 A. Frs. Il en demandait 6 ! ! !) ; Paris, 13 novembre 1959, Charaux, J.C.P. 1960.IV.95 (parents d'un enfant aveugle) ; T. Civ. de Neufchâtel, 12 juin 1957, Devouassoux, D. 1957.538, (ordonne une *expertise relative au quantum affectionis du mari ! ! !*) ; T. Gr. Inst. Seine, 7 mars 1960, Grospiron, G.P. 1960.1.265 (Mari « personnellement atteint par les souffrances physiques et morales de sa femme » ainsi que leurs enfants) ; T. Gr. Inst. Rochefort-sur-Mer, 29 janvier 1960, G.P. 1960.1.200, D. 1960.S.87 (« Soucis, s'ils sont moins importants que ceux occasionnés par le décès... peuvent être la conséquence directe... » action du conjoint) ; Paris, 7 novembre 1962, G.P. 1963.1.147 (mari) ; Lyon, ,26 mai 1966 préc., D. 1967.S.9 : Fiancée devenue épouse entre-temps et indemnisée comme telle : « situation dont la victime a, par dévouement délibéré, accepté les inconvénients... résultant en totalité de la faute du tiers » (sic).

(1) In Mazeaud-Tunc, n° 326 et obs. préc., Rev. Tr. Dr. Civ. 1959, p. 535, n° 12 ; Adde : Givord, note préc., D. 1945.99.

(2) Rodière, n° 1610 ; Esmein, note préc., J.C.P. 1954.2.8245 (... « cas où la mort est préférable à la survie »...). Contradiction avec l'idée de peine (Comp. *supra,* n°s 173, note 10 et 175, note 21).

té d'endiguer les flots de réclamation » préconisée par M. Rodière (3) s'accommode fort peu d'une pluralité d'actions. Il n'est pas question, en effet, de contester la réalité psychologique des souffrances (4). Au surplus, techniquement, cette réparation se heurte à des difficultés théoriques et pratiques considérables.

210. — En des termes définitifs, M. Houin a jadis démontré l'absurdité du système de la Chambre Civile. Cet auteur fit valoir que : « Si la douleur subie par la victime a été compensée par une indemnité, la souffrance des ayants cause perd sa base et n'a plus de raison d'être... Ce raisonnement montre d'ailleurs combien cette conception du préjudice moral est artificielle » (5). Telle était également l'optique de Ripert : La souffrance de la victime « absorbe la souffrance de ses proches. Le prix de la douleur, c'est à elle qu'on doit le payer » (6).

De fait, le cumul des indemnités contredit la théorie satisfactoire. L'on ne peut souffrir à la vue d'une douleur physique ou morale effacée par le *pretium doloris*... à moins qu'il ne s'agisse du spectacle de douleurs antérieures à l'attribution effective du baume pécuniaire (6 bis) !!

C'est pourquoi, les décisions des juridictions inférieures sont également grotesques, soit qu'elles se fondent sur l'argument tiré de la réparation de la douleur du blessé pour écarter l'action des proches (7) soit que, au contraire, elles admettent une « succession d'actions, semblable à une ronde enfantine » (8) car la souffrance médiate des proches redouble la douleur de la victime immédiate (9). D'ésotérique, le Droit de la Responsabilité Civile se fait alors ridicule.

(3) Rodière, n° 1608, p. 226.

(4) Cf.: Absurdité des décisions qui se placent sur ce plan. Cf. p. ex. *supra*, n° 208, note 21 : T. Civ. Nantes, 18 mars 1941, T. Gr. I. Rochefort 29 janvier 1960 et T. Civ. Neufchâtel, 12 juin 1957 précités.

(5) Houin, note préc., J.C.P. 1943.2.2334 (colonne 3).

(6) Ripert, D. 1948, Chr. préc. II, p. 4, col. 1 ; Adde : Savatier, t. 2, n° 538, p. 105 ; Flour, Cours préc. 1964-65, p. 636, note 4.

(6 bis) L'on pourrait songer à compenser la souffrance morale subie par ricochet durant la période antérieure à l'obtention d'un pretium doloris par le blessé. Mais cet excès de subtilité se heurterait, semble-t-il, aux difficultés soulevées par la nature juridique du jugement. Si l'octroi du pretium doloris est constitutif, faudrait-il en outre opérer une distinction selon que l'indemnité comprend ou ne comprend pas un supplément destiné à couvrir les intérêts des dommages-intérêts. Cette logique purement formelle serait inacceptable. Comp. *supra*, n° 17, note 28 in fine pour l'aspect pécuniaire.

(7) Voyez p. ex. T. Civ. Gaillac, 24 juin 1958 et T. Gr. Inst. Nice, 9 mars 1962 préc. n° 207, note 18. *Contra* : Civ. 21 octobre 1960 préc., n° 208.

(8) Ripert, *op. cit.*, D. 1948, Chr. II, p. 4, col. 2 ; Comp. Flour préc., p. 637, note 1 (« jeu de miroirs parallèles »). Cf. *supra*, n° 6 (Terminologie).

(9) Toutefois, l'on ne trouve *aucun exemple concret et convaincant d'une « ronde enfantine »*. Un jugement fréquemment cité a indemnisé la victime d'un internement sous l'occupation nazie par suite d'une dénonciation. Il tient compte « outre le préjudice matériel et moral subi par D... de

211. — La peine privée s'oppose également à la multiplicité des actions. Mais, à la différence de la « compensation », elle offre un fondement solide et sensé au rejet de l'action des proches. D'une part, la peine n'est prononcée qu'une fois : « *Non bis in idem* ». D'autre part, le blessé conserve le monopole de sa vengeance, même s'il renonce consciemment (10) à la poursuivre. L'on pourrait, d'ailleurs, comme nos anciens auteurs, puiser un argument *a fortiori* dans l'impossibilité pour les héritiers du donateur de demander *proprio-motu* la révocation pour cause d'ingratitude (attentat à la vie ou sévices) en cas d'abstention volontaire de leur auteur durant plus d'un an (11).

C'est pourquoi, par ailleurs, en cas de décès, la transmissibilité active de l'action en réparation du dommage moral se heurte à des réserves croissantes (12) et ne doit pas porter sur la privation d'une espérance de vie (13). L'on s'exposerait alors à réparer deux fois la Mort, à titre successoral puis à titre personnel (14)... Ceci

la douleur morale occasionnée à sa femme par son arrestation arbitraire ». (T. Civ. Bordeaux, 1re ch., 21 mai 1947, Delluc c/ Vogelli, G.P. 1947.2.190, J.C.P. 1947.2.3901, note J. Mazeaud). En fait, l'épouse était prédécédée (suicide... sans relation directe de cause à effet avec la dénonciation. sic). L'on peut donc supposer que le mari agissait pour partie à titre successoral.

Comp. espèce voisine : Paris, 25 octobre 1949, Lefèvre préc., n° 208, note 21, même sens et Lyon, 15 janvier 1951, Vve G., D. 1951.S.33, G.P. 1951.1. 149 pour le *préjudice moral de la veuve d'un collaborateur torturé par des F.T.P. lequel « ne peut être évalué pécuniairement »* (limité aux dépens). Toutes ces espèces sont trop liées aux circonstances de fait et à une légitime hostilité envers les délateurs de leurs compatriotes pour que l'on puisse y rechercher de sereines préoccupations civilistes (L'affaire jugée à Lyon fût — lors de l'instance pénale — l'occasion d'un rassemblement national des survivants du Vercors et du Mont-Mouchet demandant à endosser concurremment une « responsabilité » dont ils avaient partagé les risques).

(10) L'action des proches est peut-être plus justifiée au cas d'aliénation mentale consécutive à l'accident — véritable mort virtuelle — P. ex. Rabat, 5 avril 1934, Rec. Rabat 1935.108, G.P. Tables, 1935-40, V° Resp., n° 108. Comp. *supra*, n° 18 pour le dommage matériel.

(11) En ce sens : Pothier, t. XV, Coutume d'Orléans, n° 108 ; art. 955 à 957 C. Civ. ; Demolombe, *op. cit.*, t. 31, n° 681, p. 586 2° ; Carbonnier, t. 2, p. 591 b., ligne 8, éd. 1964.

(12) B.G. : Mazeaud-Tunc, n°s 1909 et s. Mais, une tendance hostile à la transmissibilité se fait jour : « Caranua, décédé quelques instants après l'accident... dans un état comateux, n'avait subi personnellement aucun préjudice » (Civ. 2e Rej., 21 décembre 1965, D. 1966.181, note Esmein). *Contra* : Cassation dans une espèce identique (Crim. 22 novembre 1962, D. 1962.S.29). Voyez en dernier lieu, obs. Durry in Rev. Tr. Dr. Civ. 1968, p. 728, n° 18.

(13) B.G. : Esmein, *Le prix d'une espérance de vie*, D. 1962, Chr. 151 et s. En fait, *le juge français indemnise post mortem la peur de la mort* (P. ex. « état de détresse pendant qu'il agonisait sur la route » : 3.000 Frs, Nancy, 27 octobre 1965, Colin, D. 1966.30, note Lorentz), notion dont nul ne conteste l'universalité... mais dont on voit mal comment une indemnité accordée aux héritiers pourrait l'apaiser. « *L'argent de l'agonie* » sonne encore plus désagréablement que le « prix de la douleur ».

(14) En ce sens : Houin, note préc., J.C.P. 1943.2.2334 in fine.

est malheureusement prématuré dans l'état actuel de la science médicale.

212. — Il faut donc exclure toute réparation du préjudice d'affection au cas de survie de la victime immédiate. Mais du moins, serait-il opportun que, sans accepter pour autant toutes les conclusions (si dubitatives par ailleurs) de la médecine *psychosomatique*, le juriste ne s'enferme point par ignorance dans *une opposition primaire du physique et du moral* (15).

A cet égard, les solutions concrètes des arrêts sont généralement moins critiquables que leurs fondements théoriques.

Pour ce qui est du préjudice subi par un conjoint du fait de l'impuissance sexuelle de l'autre, point n'est besoin d'être grand clerc en la matière pour admettre que le dommage n'est pas purement affectif s'il est concilié avec le respect de la foi conjugale. Par ailleurs, si le conjoint est désormais d'une laideur repoussante et toute bestiale, peut-on considérer que *la vie* affective de l'autre n'en est point perturbée *directement* par le devoir de cohabitation : « La famille forme un groupe esthétique » (16).

D'ailleurs, l'état psycho-physiologique de l'un des parents est une source de névroses voire de psychoses pour les enfants (16 bis). Les demandeurs sont alors indemnisés comme victimes immédiates ; il ne s'agit pas d'un simple *pretium affectionis*. Or, ainsi que nous l'avons vu, les espèces concrètes qui accordent une indemnité au demandeur par ricochet au cas de survie de la victime concernent principalement ces deux hypothèses (conjoint ou choc moral comportant des répercussions psycho-physiologiques). Nous voyons, ici encore, que la notion administrative de « troubles aux conditions d'existence » si injustement décriée, correspondrait bien à ce type de préjudice mixte (17).

(15) P. ex. Civ. 2e Rej., 21 avril 1966, dame André, J.C.P. 1966.2.14710 : Des juges du fond disposés à entériner le rapport d'expertise médicale tenant compte d'un traumatisme subi in utero, c'est-à-dire corpore corpori, ne conçoivent pas, en revanche, que la « carence et le déséquilibre affectif subis par l'enfant depuis sa naissance par suite de l'incapacité physique et morale de sa mère » soient des chefs de préjudice directs... Pérennité de la loi aquilienne et du dommage corpore corpori ? La Chambre Civile doit rejeter le pourvoi car l'arrêt ne dénature pas le rapport. La médiocrité intellectuelle de telles appréciations de fait consterne quiconque souhaite voir le juriste « dans la Cité ».

(16) Carbonnier, t. 2, p. 592 in fine, éd. 1964.

(16 bis) B.G. : Cf. J. Aubry « La carence de soins maternels », éd. La Parole 1965 et Dr. Maurice Porot « L'enfant et les relations familiales » préc.

(17) Comp. T. Adm. Bordeaux, 15 novembre 1963, J.C.P. 1964.2.13584 (Victime immédiate : choc dû à la vue du cadavre d'un être cher mal « préparé » après autopsie... Serait-ce différent si un souffle de vie avait animé provisoirement ces chairs disloquées ?). Adde : L'analyse de Montpellier, ch. corr., 6 mars 1963, J.C.P. 1964.IV.76 (En l'espèce, le traumatisme psychique subi par le père du défunt n'est « pas la suite normale de l'infraction » : Allusion à l'idée de prédisposition, c'est-à-dire d'une certaine fragilité de la personnalité ?).

Conclusion de la seconde partie

213. — Les solutions pratiques retenues pour la réparation du dommage moral en général et du préjudice d'affection en particulier sont, *dans l'ensemble,* satisfaisantes. Elles permettent de tenir compte de la faute du responsable et de chefs de préjudice certains quoique peu aisés à comptabiliser, tels l'abrègement de la vie et l'épuisement nerveux (*pretium doloris*), la perte des joies de l'existence (préjudice juvénile, etc.), la désorganisation d'un climat moral et de « l'environnement socio-familial » (*pretium affectionis*), l'option entre la chasteté, l'adultère ou le divorce imposée à un jeune époux (préjudice « moral » pour blessures), etc... (18). L'extrême modicité du *pretium doloris* lorsque le demandeur ne subit pas d'atteinte à ses conditions d'existence (19) reste conciliable avec des préoccupations morales. En définitive, le préjudice d'affection est si différent du dommage pécuniaire que tout dépend ici de l'arbitraire donc du bon sens du juge.

En revanche, le fondement théorique de cette institution est vulnérable si l'on ne se réfère pas à l'idée de vengeance familiale. D'ailleurs, la jurisprudence correspond, *dans l'ensemble,* aux conséquences de la théorie de la peine privée : exclusion des amis et des simples regrets (20), évaluation orientée vers le responsable et non vers la victime (21), hiérarchie occulte des demandes (22), monopole de l'action au blessé sauf lorsque les demandeurs subissent un « choc » ou une altération telle de leurs conditions d'existence qu'ils sont, en fait, des victimes immédiates atteintes directement dans leurs facultés psycho-physiologiques (23), etc... Ce ne serait point le premier *exemple d'une jurisprudence liée étroitement à une théorie doctrinale sans la viser explicitement.* L'on songe notamment à la théorie des risques qui explique le droit positif bien que la jurisprudence vise uniquement l'article 1184 C. Civ.

Plus encore que la réparation du préjudice matériel, celle du préjudice d'affection est dominée par la solidarité familiale. Il est, certes, inexact de qualifier les demandeurs « d'ayants-cause » (24) de la victime mais cette impropriété est par elle-même révélatrice. C'est pourquoi, notamment, dans l'un et l'autre cas, deux conceptions de la Famille se heurtent au sujet de la légitimité de l'intérêt allégué par l'un de ces « ayants cause », la concubine du défunt.

(18) B.G. : Exposé du Pr James sur la névrose post-accidentelle (Inédit-Colloque de Southampton, 21-23 septembre 1966, cité in Rev. Int. Dr. Comp. 1966, p. 911).

(19) *Supra,* n° 198.

(20) *Supra,* n° 196 in limine.

(21) *Supra,* n° 198 in fine.

(22) *Supra,* n° 201.

(23) *Supra,* n°s 207, 208 et 212.

(24) P. ex. Houin préc., note au J.C.P. 1943.2.2334 ; J. Fossereau, *op. cit.*, Rev. Tr. Dr. Civ. 1963, p. 7 et s., etc...

TROISIEME PARTIE

DE LA LICEITE DU DOMMAGE : LE PROBLEME DE L'INDEMNISATION DE LA CONCUBINE

« Et l'Eternel dit : si je trouve en Sodome cinquante justes, je pardonnerai à toute la contrée pour l'amour d'eux... Et il dit : je ne la détruirai point pour l'amour des dix. »

(Genèse. Ch. XVIII. v. 26 et s.).

NOTIONS PRELIMINAIRES

214. — L'étude des chefs de préjudice réparables nous a apporté deux enseignements fondamentaux : D'une part, un dommage matériel juridiquement réparable peut résulter de l'atteinte à un simple intérêt certain et *légitime* né d'une situation de fait. D'autre part, un *pretium affectionis* peut être accordé en l'absence de tout lien de parenté ou d'alliance juridiquement établie à des demandeurs envers lesquels le défunt avait un comportement familial et qui lui témoignaient en retour une affection *légitime*.

Bien qu'elle ait une portée générale, cette condition de licéité du dommage est, en droit positif, satisfaite par toutes les catégories (1) de victimes médiates à l'exception de la concubine (2) du défunt. La légitimité de l'intérêt allégué par l'enfant de fait — même adultérin — n'est plus contestée (3). En revanche, aujourd'hui encore, la jurisprudence reste profondément divisée quant au droit à indemnité de l'épouse apparente du défunt.

(1) Réserve faite de cas concrets qui doivent être envisagés individuellement et échappent ainsi à l'analyse théorique (cf. par exemple, *supra*, n° 135, note 20 et n°155).

(2) Ou de son concubin pour le pretium affectionis.

(3) Nous ne reviendrons pas, à propos de la licéité du dommage, sur le problème particulier de l'enfant adultérin de fait. Le débat semble clos quant aux solutions positives. Nous ne saurions cependant suivre les auteurs pour lesquels « depuis la loi du 15 juillet 1955, leur sort semble être exactement celui d'un enfant naturel simple dont la filiation a été établie ». (Mazeaud-Tunc I, n° 288 in fine. Adde : Lambert, *op. cit.*, p. 90). En effet, il ne faut pas négliger l'hypothèse du décès du père avant que l'action alimentaire de la loi de 1955 ait été intentée. Dès lors, l'enfant peut certes agir contre les héritiers du prétendu père (Civ. 1re, 13 janvier 1959, D. 1959.61) mais le jugement est-il bien « déclaratif d'une filiation de fait » ? ? Toujours est-il que, dans une espèce où « aucune décision judiciaire n'avait, avant l'accident, consacré le droit des enfants à des aliments », la Cour de Paris (10 mai 1958, G.P. 1958.2.32) a reconnu l'existence d'un préjudice réfléchi matériel et moral ? La loi de 1955 ne joue donc aucun rôle *immédiat* en l'espèce. Au surplus, voyez chiffres cités in Carbonnier, t. 1, p. 552 : 91 actions alimentaires intentées en 1962 et 55 accueillies. Il faut voir là l'effet de l'évolution des mœurs d'où l'intérêt de repenser le problème de l'union libre en 1969, les deux difficultés ayant été fréquemment liées dans le passé (Comp. Lambert, p. 77 et s.).

215. — Employant des motivations qui ne distinguent point le dommage patrimonial du préjudice d'affection, les diverses juridictions de cassation adoptent des positions rigoureusement inconciliables. Le Conseil d'Etat ainsi que la seconde section Civile rejettent l'action de la concubine, cette dernière n étant pas « dans une situation juridiquement protégée » (4) ou ne justifiant pas de la « lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé » (5). L'on sait que cette motivation vise, en fait, l'illégitimité de l'intérêt et non l'absence d'un lien de droit puisque les mêmes juridictions (voire les mêmes décisions) indemnisent enfants adoptifs de fait (6), enfants naturels non reconnus (7), pupilles (8), etc...

En revanche, la Chambre Criminelle ainsi que la majorité des juges du fond indemnisent les concubins (9). Toutefois, dans sa jurisprudence la plus récente, la Chambre Criminelle opère une distinction en postulant l'illicéité et le caractère délictueux de tout concubinage adultérin (10).

Comme l'a écrit M. Raynaud : « *Le problème de la concubine* a pesé trop lourdement sur ces discussions et *a peut-être abouti à fausser les données du problème général* » (11). Il est donc nécessaire d'examiner sans *a priori* (autant que faire se peut) cette difficulté. Un tel examen n'est pas superflu. De fait, si l'illégitimité de l'intérêt lésé était aussi évidente que certains auteurs le prétendent, toute une littérature juridique eût été sans objet (12) et l'on s'expliquerait mal la nécessité d'une interven-

(4) C.E. 21 octobre 1955, dame Braud, Rec. 495. Cf. *supra*, n° 135.

(5) Civ. 2e, 13 décembre 1961, B.C. 1961.II, n° 861, p. 607, etc... Cf. *supra*, n° 140.

(6) C.E. 18 novembre 1960, Savelli, Rec. 640 préc., n° 135.

(7) Civ. 2e, 4 mars 1964, G.P. 1964.1.392 préc., n° 139.

(8) Civ. 2e, 20 janvier 1967, Denos, J.C.P. 1968.2.15510, 1re esp., note Dupichot préc., n° 139, note 17.

(9) Crim. Rej. 24 février 1959, J.C.P. 1959.2.11095 préc., etc..., n° 137, notes 5 et s.

(10) Crim. 20 janvier 1966, Bertrand, D. 1966.184, rapp. Combaldieu, G.P. 1966.1.279 préc., nos 136 et 140 in fine.

(11) Cours préc. Lic. 2, 1962, p. 492 ; Adde : Rodière, n° 1606 in fine.

(12) Principales monographies consacrées essentiellement au dommage par ricochet subi par la concubine (Cf. Bibliographie *infra*).

a) Thèses et articles.

Bauer, « Droits de la concubine lésée par un accident mortel survenu à son concubin » (Th. Paris 1935) ; Esmein P., « La situation de la concubine en cas de décès accidentel du concubin » (G.P. 23 mars 1937) ; Ferry Alain, « Le droit à réparation de la fiancée et de la concubine en cas de décès du fiancé et du concubin par la faute d'un tiers » (La Vie Judiciaire des 6-11 février 1956, p. 8) ; Milan R., « De l'action en réparation de la concubine en cas d'accident mortel de son concubin » (Th. Grenoble 1934) ; Fourquier P. L., « La concubine en face du tiers responsable de la mort de son concubin » (Th. Montpellier 1938) ; Vandamme Jeanne, « La concubine doit-elle être admise à agir en réparation contre l'auteur de la mort de celui avec lequel elle vivait ? » (Rev. crit. leg. et jur. 1934, p. 157 et s.).

b) Notes de jurisprudence.

Flour J., Note préc. au D. 1945.293 : Marty G., « Du droit de la concubine

tion de l'Assemblée Plénière pour trancher un conflit de jurisprudence persistant au sein de la Cour Suprême, ceci moins de trente ans après les arrêts Méténier et Cabassut.

Après avoir défini ce que nous entendons par concubinage et évalué son importance sociologique, nous nous interrogerons sur la légitimité de l'intérêt allégué par le concubin de la victime immédiate au cas de dommage corporel.

216. — En droit comparé, le problème de l'union sexuelle de l'homme et de la femme est réglé de diverses manieres. Dans notre civilisation, où l'apport du christianisme s'est traduit par la reconnaissance de la dignité de la femme, le mariage constitue le cadre juridique normal des rapports sexuels Il ne faut pas, pour autant, nier la fréquence pratique des relations sexuelles hors mariage, l'homme étant guidé par deux passions permanentes : la femme et l'argent (13).

Les relations sexuelles hors mariage revêtent les caractères les plus divers mais elles n'ont pas échappé pour autant a la systématisation juridique. Il est usuel (14) de distinguer trois types de relations hors mariage selon qu'elles s'apparentent plus ou moins au mariage, union d'un homme et d'une femme pour le meilleur et pour le pire. Le *stupre* recouvre la simple fornication, vénale ou non, mais purement occasionnelle Le *concubinage* correspond à un euphémisme du langage courant. C'est une « liaison », clandestine ou non, mais très certainement limitée à la communauté de lit : C'est, au mieux, le concubinage notoire de l'article 340.5° qui implique une fidélité relative pour la concubine mais non la cohabitation (15) ni même l'interdiction pour le concubin d'entretenir « un autre ménage irrégulier » ; ce concubinage peut se doubler de polygamie (16). L'*union libre*, c'est celle qui se présente extérieurement comme un mariage apparent, comme une union à laquelle ne manquerait que la consécration de

à la réparation du dommage à elle causé par la mort accidentelle du concubin », S. 1931.1.145 préc. et S. 1938.1.321 ; Savatier, Note préc. D.P. 1938.1.5.

c) Comp. MM. Mazeaud in Mazeaud-Tunc, n° 279, p. 381. 6e éd. (Immoralité indiscutable et application de l'adage « Nemo auditur »... Ce qui semble contraire au régime juridique de cet adage. Cf. *infra*, n° 223 in fine).

(13) Aubenas, « Autour de deux passions de l'homme : la femme (en marge du mariage légitime) et l'argent (son trafic) ». Cours doctorat, Aix 1958.

(14) Cf. Esmein, Revue trimestrielle droit civil 1935.747, n° 1 et Encycl. Union libre, n° 1-2. Marty, S. 1931.1.150. Josserand, D.H. 1932, chr. p. 46. Las Cases in Pernot, *op. cit.*, p. 1 à 5 (« Essai de définition de la concubine »). Desiry, Rev. crit. leg. et jur. 1932, p. 491.

(15) Aix, 15 décembre 1953, J.C.P. 1955.2.8641 : « relations intimes dans les champs ». Cass. 12 janvier 1921, S. 1921.1.199.

(16) Req. 9 novembre 1938, D.H. 1938.611.

l'autorité civile (17). A l'égard des tiers, les concubins (18) présentent l'apparence d'époux légitimes. Ils en ont la possession d'état : *nomen, tractatus,* et *fama* car la concubine use souvent du nom de son compagnon cependant que le milieu dans lequel ils évoluent les considère comme mariés ou les traite comme tels, s'agissant même de leurs parents respectifs (19). Rien dans leurs relations ne les différencie d'époux légitimes (20). Pour utiliser une expression populaire fort significative, ils se sont « mis en ménage » et n'ont affecté cette union d'aucun terme extinctif sinon celui de leur existence Cependant, de telles unions, bien qu'elles aient toujours bénéficié de la tolérance de fait des pouvoirs publics, même concordataires (21), sont extra-légales.

217. — De ces trois types de relations hors mariage nous ne retiendrons que la dernière, approuvant totalement jurisprudence et doctrine qui n'ont jamais songé sérieusement à indemniser la maîtresse non plus que la partenaire occasionnelle.

De fait, le stupre ne saurait servir de fondement à une action en réparation d'un préjudice réfléchi. De deux choses l'une : Si la fornication était liée à un avantage patrimonial il s'agirait du « *pretium stupri* » à l'état pur, du contrat de prostitution. Si l'acte sexuel s'accomplissait à titre gratuit, la demande est sans objet sur le plan du dommage matériel.

Il en va de même de l'action qu'intenterait éventuellement la maîtresse, la concubine notoire de l'article 340 : Les subsides revêtent un caractère moins abject, ils n'en sont pas moins trop intimement liés à la communauté de lit, seule existante en l'espèce (22). Il ne saurait donc être question pour la maîtresse de demander au tiers de se substituer au défunt (ce qui constituerait

(17) Cf. *infra,* n° 229, la consécration religieuse pouvant être réalisée.

(18) Nous parlerons de *concubin* et de *concubine* pour désigner l'homme et la femme vivant en union libre, aucune dénomination n'étant satisfaisante (la périphrase « conjoint apparent » est peu pratique).

(19) A la différence du concubinat romain, inaequale conjugium (Cf. PEYTEL, *op. cit.,* p. 41-51 et PLASSARD J., « le concubinat romain sous le Haut Empire », Th. Toulouse 1921).
Douai, 10 décembre 1953, J.C.P. 1954.2.7961 (tutelle) et Paris, 14 mai 1937, Thomas c/ Mlle Choux, Rec. Gaz. Trib. 1937.2.393 (concubine désignée à l'unanimité du conseil, y compris le juge de paix, comme tutrice des enfants que le concubin avait eus d'une autre).

(20) JOUSSE : « Pour être concubinaire, il faut vivre avec la personne avec laquelle on a habitude ; demeurer ensemble dans la même maison, et vivre avec elle comme un mari avec sa femme » (cité in ESMEIN, Rev. Tr. Dr. Civ. 1935.747, n° 1).

(21) Si l'Eglise décida après le concile de Trente de lutter sévèrement contre le concubinage, Merlin nous apprend que, en fait, « les ordonnances du Roi ne prononçaient point de peine contre le concubinage tant qu'il était commis sans scandale et par des laïcs » (Rep., t. III, p. 353) ; Adde : PEYTEL, *op. cit.,* p. 55 et s.

(22) Paris, 1er août 1903, D.P. 1904.2.345 (Condictio ob turpem causam pour la répétition de bijoux donnés).

un mode original de réparation !) en l'indemnisant de la perte de subsides dont elle n'eût pu escompter la poursuite, si ce dernier s'y était engagé formellement (23). Nous évoquons pour mémoire l'argument de l'instabilité de principe de tels rapports Il n'est nullement convaincant car l'Histoire fourmille d'exemples d'égéries discrètes ou de favorites en titre stables et irréprochables.

218. — En revanche, il est impossible d'écarter *a priori* l'action de la concubine. Les subsides, dans cette communauté d'existence, sont indissolublement liés à la communauté de lit et de vie. L'union libre, tout comme le mariage, se traduit par un échange de responsabilités dans le dessein d'affronter l'existence en commun (23 bis). L'apport du revenu du concubin puise sa cause juridique dans les soins apportés par sa compagne à l'éducation des enfants communs et aux humbles tâches ménagères. En effet, l'union libre n'est pas, et pour cause, pratiquée par les mêmes classes sociales que l'entretien d'une danseuse dans une « Folie » style Régence (24). Le problème n'est donc plus aussi simple et la critique de l'union libre n'est pas toujours absente d'un certain sentiment de caste (24 bis), inhérent à « tous bons citoyens » (25) pour qui l'épithète « moderne » est éminemment péjoratif (26).

Il est essentiel de fixer l'importance du phénomène union libre de nos jours. Certes, il y eut nombre d'actions en justice émanant de concubines. Toutefois, la fréquence des décisions citées dans

(23) Dorat des Monts, *La cause immorale*, n° 32 et s.

(23 bis) La définition du mariage par Portalis (« Société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée ». Cf. Fenet, t. 9, p. 140) s'applique avec plus d'exactitude à l'union libre telle que nous l'entendons qu'à certaines unions légitimes sans affectio matrimonialis (Civ. 20 novembre 1963, D. 1964.465, note Raymond et J.C.P. 1964.2.13498 ; Adde : Mme Foulon-Piganiol, in Rev. Tr. Dr. Civ. 1960, p. 239 et s.).

(24) Voyez Martin, p. 26 et 27. Concubinages ouvriers : sur 116.400 cas, on compte 56.160 cas où la femme n'est même pas classée comme « non active ». Professions libérales et cadres supérieurs : sur 3.780 cas, 2340 cas. (Résulte du tableau de répartition socio-professionnelle) ; Adde : « Entre le bon ménage légal et le bon faux ménage, la différence n'est souvent que le milieu social des intéressés, leur éducation ». (Tunc dans Mazeaud-Tunc, n° 279, note 1).

(24 bis) Comp. l'affirmation d'un psychiâtre au cours d'une affaire récemment évoquée devant la Cour d'assises de Meurthe-et-Moselle : « Il aurait fallu que G... respectât *les lois de l'adultère mondain* ». (Le Monde du 31 janvier 1965, p. 16, col. 5). Cf. *infra*, n° 229 in fine et *supra*, n° 140, note 23.

(25) Landre, *op. cit.*, p. 5.

(26) Regard de Villeneuve, *op. cit.*, p. 174 (« L'éthique sexuelle moderne »). Comp. Nast, D.P. 1935.2.42, col. 2 : « Comme cela arrive *aujourd'hui* fréquemment, la jeune fille a été l'instigatrice des rapports sexuels... ». Il y aurait beaucoup à dire du point de vue psychiâtrique d'une telle affirmation. Bornons-nous à évoquer quelques dames du temps jadis, de Frédégonde à Héloïse !

les recueils de jurisprudence peut être sans rapport avec l'importance pratique des ménages extra-légaux (27). S'agit-il d'une infime minorité qu'une politique législative hardie saurait réduire ? S'agit-il d'un phénomène de masse avec lequel il faudra composer, « le droit n'étant fait ni pour les héros ni pour les saints mais pour les hommes médiocres que nous sommes » (28) ?

Les auteurs du début du siècle, marqués qu'ils étaient par « la mystique individualiste » (29), avaient vu dans l'union libre l'affranchissement de la femme (30). Ils prônaient ou, à tout le moins, prévoyaient le développement de l'union libre (31). Rares étaient ceux qui croyaient fermement à l'avenir de l'institution matrimoniale. Certes, la tendance doctrinale s'est renversée après la première guerre mondiale (32). L'hostilité envers l'union libre devient alors générale : Le revirement de 1937 s'est opéré à la suite de divers cris d'alarme doctrinaux prévoyant « l'avènement du concubinat » et « le crépuscule du mariage légal » (33). Les cassandres ont-elles vu leurs prophéties vérifiées par l'événement ? N'ont-elles pas plutôt perdu de vue que « le droit est une pathologie, le droit matrimonial plus que tout autre » (34) ? Le mariage tel qu'il est vécu par les masses (ou plus exactement les buts qu'il se donne), sont-ils mis en danger par l'union libre ? Une politique de combat contre l'union libre peut-elle encourir le reproche de réaliser une justice de classe ? La réponse à ces divers problèmes relève de la compétence du sociologue.

219. — Les réflexions désabusées d'un spécialiste tracent par avance les limites de la confiance toute relative que nous accor-

(27) N'avons-nous pas observé précédemment que l'on n'y trouve plus trace de l'action des enfants ou des épouses légitimes à moins qu'un problème autre que leur recevabilité ne se pose ? Par contre, les actions des amis ou des fournisseurs sont excessivement rares sans que l'on puisse en déduire que les Français meurent sans amis ni fournisseurs. La position claire et précise de la jurisprudence a écarté toute velléité d'action de leur part.

(28) Carbonnier, t. 2, p. 293, éd. 1964.

(29) Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, p. 101 et s.

(30) Peytel, *op. cit.*, « La femme plus que l'homme souffre d'être enfermée dans l'étau du mariage » (p. 175). Cette idée ne trouve plus guère d'écho de nos jours. Le déclin du mariage de convenances et les progrès de l'égalité économique entre l'homme et la femme en expliquent le recul.

(31) Regard de Villeneuve, *op. cit.* « L'éthique sexuelle moderne paraît devoir causer, dans un temps plus ou moins éloigné, la chute de l'institution du mariage qui est le fondement de la société actuelle », p. 171 ; Boyer, *op. cit.*, s'interroge sur la nature du « contrat d'union libre » ; Léon Blum in « Margueritte » etc.

(32) Josserand, D.H. 1932.45, *op. cit.* Nast, D.H. 1938, chr. 37, *op. cit.*

(33) Argument « patriotique » de la natalité (Regard de Villeneuve, p. 20. Benoit-Cattin, p. 12. Landre, p. 8).

(34) Carbonnier, *Terre et Ciel dans le droit français du mariage*, (Et. Ripert, t. I, p. 325).

dons aux rares études sociologiques (35) : « Chacun a sa sociologie, chacun sait manier les statistiques, d'ailleurs fragmentaires ; et la sociologie, pour peu qu'elle doive s'intéresser aux civilisés et non plus aux primitifs, est presque inexistante. On parle toujours de la progression de l'union libre ; mais c'est par impression, et l'on ne sait rien de certain sur le phénomène, ses causes, ses variétés. Tout ce qui peut être dit sur le mariage est d'avance condamné à l'à peu près » (36).

M. Théry qui reconnaît par avance l'incertitude de ses évaluations s'écarte néanmoins des estimations empiriques et littéraires. Nous lui accordons volontiers que l'histoire scientifique de l'union libre ne saurait être recherchée dans les descriptions de la condition ouvrière par Zola. Les chiffres avancés par M. Théry sont tirés du *recensement de 1954*, lequel prévoyait, parmi les relations entretenues avec le « chef de ménage » par les personnes logées sous son toit, la catégorie des « personnes vivant maritalement » avec le chef de ménage.

Le nombre total des foyers irréguliers s'établirait — si l'on prête foi au recensement — à 281.460 pour 9.109.260 foyers legaux soit *à peine 3 % sur le plan national* (37) Que penser de cet ordre de grandeur ? La garantie de la véracité des déclarations est limitée, certes. Ce chiffre constitue cependant un point de départ statistique que corroborent les estimations de la Caisse Centrale d'Allocations Familiales de la Région Parisienne (4,75 % au lieu de 6,6 % selon le recensement pour la Seine. L'écart peut s'expliquer en partie par la fraude à l'allocation de salaire unique).

Peut-on, tout en tenant pour assuré que ces 300.000 ménages irréguliers constituent un minimum, escompter que les déclarations mensongères n'altèrent pas sensiblement les statistiques (38) ? L'hostilité et la méfiance envers toute mise en fiche par l'Administration peuvent avoir faussé la statistique. De plus, ces chiffres nous semblent en contradiction, non seulement avec des impressions empiriques et personnelles dont nous n'oserions faire état à l'encontre d'un recensement officiel, mais encore avec les chiffres avancés à la suite d'enquêtes fragmentaires mais, partant, plus sérieuses. Le Doyen Le Bras fait état d'une enquête privée qu'il aurait demandée à un commissaire de police de la région parisienne, plus à même de s'informer avec discrétion auprès des concierges qu'un agent recenseur, débordé de travail lors des

(35) Théry R., *Le concubinage en France. Recherche de sociologie juridique*, Rev. Tr. Dr. Civ. 1960, p. 33-52 ; Martin, *op. cit.*, p. 10-46 ; Carbonnier, t. I, p. 474, n° 146.

(36) Carbonnier, *op. cit.*, Etudes Ripert, p. 326.

(37) Martin, *op. cit.* 13.

(38) En ce sens : Théry, *op. cit.*, n° 4 et 5. Martin, *op. cit.*, admet ces chiffres sans discrimination aucune.

grandes opérations de recensement. Il avance des chiffres allant de 30 à 50 % pour certaines communes de banlieue (39).

Ce chiffre de 3 % semble également en contradiction avec le taux de fécondité illégitime qui avoisine, depuis 1950, 6,5 % (40). Certes, on peut objecter que des enfants illégitimes peuvent être le produit de relations « accidentelles » mais, d'une part, de tels rapports sont vraisemblablement peu féconds, eu égard au développement des pratiques contraceptives, et, d'autre part, ils s'achèvent souvent par une union légitime lorsqu'il y a conception (41). Si nous admettons que l'union libre est à la source d'au moins la moitié des filiations illégitimes et qu'elle favorise la dénatalité (argument clé des adversaires de l'union libre), il semble qu'il y ait une contradiction entre ces divers chiffres.

L'on relève donc que, même si certains chiffres pessimistes (30 %) correspondaient effectivement à la réalité de certains secteurs des banlieues pauvres ou des ménages logés en hôtel (42), ceci n'implique guère plus, semble-t-il, de 13 à 15 % de couples illégitimes pour le département de la Seine dans son ensemble, soit 6-7 % d'union libre dans le pays. Nous pensons en effet que l'on peut faire confiance au recensement de 1954, au moins sur le plan des disparités géographiques, les raisons de craindre les déclarations mensongères variant peu selon les secteurs géographiques. Or, il résulte du recensement que le pourcentage d'unions libres est, dans la Seine, près de trois fois supérieur à la moyenne nationale (43).

220. — Retenons donc un chiffre moyen de 5 à 6 % comme correspondant mieux à la réalité que celui de 3 % qui, résultant du recensement, fournit toutefois une évaluation minimum. *Est-ce à dire qu'il y aurait en France de 300 à 600 000 unions libres au sens où nous l'entendons dans notre étude ? Nous en doutons* pour deux raisons.

D'une part, la plupart des personnes vivant « maritalement » ne sont pas unies par un véritable mariage apparent que caractérisent tout à la fois une sorte d'*affectio maritalis* et une vocation à l'éternité, seule hypothèse pour laquelle l'illégitimité ne soit pas acquise *a priori*.

D'autre part, s'agirait-il d'un véritable mariage apparent et non d'une simple cohabitation, la condition de certitude du préjudice ne saurait être remplie sans une certaine pérennité de

(39) G. LE BRAS, *La religion dans la société française*, in Aspects de la Société Française. Libr. Pichon (1954), p. 233.

(40) Chiffre emprunté à MARTIN, *op. cit.* 13.

(41) Un sondage de l'I.F.O.P. avance le chiffre de 23 % des mariages suivis de naissance dans les 5 premiers mois (chiffre cité in MARTIN, p. 14).

(42) Andrée MICHEL, *La vie familiale des locataires des hôtels dans la Seine*, Thèse Lettres, Paris 1959.

(43) Résulte des chiffres fournis in THÉRY, n° 7.

l'union avant le décès. Ce n'est qu'au vu de l'attitude passée des concubins que le magistrat pourra évaluer les chances effectives de poursuite de l'union La jurisprudence, même la plus libérale, ne prend en considération que le concubinage stable et « moral ». Quelle proportion des ménages illégitimes serait à même d'emporter la conviction du juge quant aux garanties de stabilité offertes ? Nous ne disposons d'aucun chiffre sérieux sur la durée des unions libres mais il résulte du recensement que les *2/3 des concubins ont déjà eu un compagnon d'existence en mariage légitime,* soit environ 22 % d'adultères, 19 % de veufs, 23 % de divorcés (44). Admettons que le dernier tiers comporte, en outre, des personnes ayant vécu précédemment en union libre avec d'autres partenaires, on voit que *peu de concubins pourraient convaincre le juge de leur stabilité sentimentale et des chances effectives de poursuite de leur dernière union.*

En résumé, les sombres prophéties de Josserand ne se sont nullement confirmées. Le volume des unions libres constitue un fait sociologique global, important certes, mais qui est loin de condamner l'institution du mariage, à court comme à long terme Bien plus, si évolution il y a, elle semble plutôt favorable à l'union légitime (45).

En fait, l'institution du mariage est, nous le verrons, bien plus menacée par le divorce qui la désintègre que par l'union libre qui l'imite. Au surplus, il faut garder présent à l'esprit le fait que les concubinages stables et « moraux », tels ceux qui bénéficient aujourd'hui de la jurisprudence libérale de la Chambre Criminelle, constituent une infime minorité des couples extra-légaux. Ceci ramène le problème à ses justes proportions.

221. — Doit-on admettre comme un postulat l'illégitimité de tout concubinage ? Ne risque-t-on pas de s'enfermer ainsi dans une position parfois intenable ? N'est-il pas préférable de laisser le magistrat juge de l'illégitimité de l'intérêt invoqué plutôt que de lui imposer le rejet de l'action au seul mot de « concubine » ? Avant de répondre à ces questions, devons-nous suivre une doctrine unanime (46) qu'ont adoptée des auteurs tolérants à l'égard

(44) Recensement de 1954. Sur 281.460 concubinages, le compagnon du chef de famille est célibataire (93.500), marié (63.800), veuf (51.750), divorcé (64.880), le reste non déclaré (Martin, *op. cit.*, 16). Quid du chef de famille lui-même ?

(45) Les deux phénomènes ne sont certes pas identiques mais ils sont parallèles : Or, le taux de fécondité illégitime, passé par un maximum de 8,7 % en 1930 est retombé en 1955 à 6,4 %, chiffre inférieur à celui de 1815 : 6,98 % (Martin, p. 14, note n° 2).

(46) Andrieux, D.P. 1929.3.8, col. 2. Perret, p. 88 : « Le rejet de l'action de la concubine basée sur un concubinage adultérin nous paraît s'imposer... ; la solution ne fait ici aucun doute » ; Roux (rapport devant Crim. 13 fév. 1937, S. 1937.1.53.V).Josserand, D.H. 1932, chr. p. 49 ; Combaldieu, rapp. préc. D. 1966.184 devant Crim., 20 janvier 1966, etc...

de l'union libre (47) : l'immoralité et l'illicéité (48) du concubinage adultérin ? Ici, affirment les auteurs et nombre de décisions, il n'y aurait pas seulement immoralité mais bel et bien situation délictuelle réprimée par la loi pénale (49). Une affirmation aussi catégorique est très contestable, s'agissant de l'union libre qui constitue un mariage apparent (50), spécialement si l'on envisage le problème après le décès de l'un des concubins.

En premier lieu, si c'est le concubin qui est marié, il n'y a infraction pénale qu'au cas d'entretien au domicile conjugal (article 339 Code Pénal). La Chambre Criminelle, par un arrêt du 12 mai 1934, a estimé qu'il n'y avait pas domicile conjugal lorsque « C... et la femme D... ont reconnu vivre maritalement dans un appartement » loué par la concubine et faisant partie de locaux où elle exploite un fonds de commerce (51). Bien plus, au cas de séparation de corps, l'adultère n'est plus punissable, le domicile du mari cessant d'être la demeure légale de la femme (52). La condition relative à la maison conjugale ne sera donc pas toujours réunie. En revanche, la condition d'entretien le sera nécessairement puisque, par hypothèse, la concubine dont s'agit souffre de l'interruption des subsides. Quand au délit d'adultère, il est réalisé par la femme sans la réunion de ces circonstances (article 337 C.P.).

En second lieu, même si les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis, le Code Pénal, afin de souligner que le délit d'adultère est, surtout, un délit contre l'époux envers lequel il a été commis (53), prévoit que « l'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari » (art. 336 C pén.) et que le mari ne pourra être « convaincu » d'adultère que « sur la plainte de sa femme » (article 339 Code pénal). Il résulte de ces dispositions que *les conditions de mise en œuvre de l'action publique ne seront pratiquement jamais réunies dans l'hypothèse qui nous intéresse.* L'argument tiré de la « notion de complicité » invoqué par nombre d'auteurs (54) tombe donc *ipso facto*. L'union libre suppose

(47) VANDAMME, *op. cit.*, p. 165-166 p. ex.

(48) Civ. 1re Rej., 6 janvier 1964, dame Cheutin, J.C.P. 1964.IV.26. Relations « non seulement immorales mais illicites » ; Crim. 20 janvier 1966 préc., Cf. *supra*, n° 140 in fine.

(49) MAZEAUD-TUNC I, n° 279, ligne 3, 5e éd. ; T. Corr. Seine, 25 février 1931, G.P. 1913.2.825, sous-note.

(50) V. sur l'adultère pénal. GOYET, ROUSSELET et PATIN : Précis de droit pénal spécial, n° 491 et s. CÉDIÉ R., Rep. Dalloz, Dr. criminel, V° Adultère. VOUIN, Précis de Droit Pénal Spécial, nos 292 et s., 2e éd.

(51) Crim. 12 mai 1934, D.H. 1934.334.

(52) T. Corr. Lille, 26 mars 1904, Monfet, D.P. 1904.2.272 et Crim. 17 août 1883, Petit, D.P. 1887.1.47 (sol. impl.).

(53) CÉDIÉ, *op. cit.*, n° 19. Adde : DE LESTANG, note au J.C.P. 1963.2.13446 sous T. Corr. Seine, 28 juin 1963 VOLPERT. « Ce que l'art. 339 C.P. réprime, ce n'est pas l'adultère du mari en lui-même, mais le fait de cohabiter avec une concubine là où sa femme aurait le droit d'habiter avec lui, pour sauvegarder la dignité de cette dernière ».

(54) P. ex. PERRET, *op. cit.*, p. 87 : « Il n'en reste pas moins qu'il est complice ».

une *existence maritale acceptée tacitement par le conjoint « bafoué »* (55) voire par les magistrats (56).

Dès lors, pourquoi s'étonner, au plan des principes, qu'une juridiction accueille l'action résultant de l'interruption d'un concubinage adultérin, surtout si la « veuve » vivait elle-même, de son côté, en état de concubinage adultérin (57) ou si, mieux encore, la concubine présente à la Cour une attestation émanant de l'épouse aux termes de laquelle cette dernière s'efface devant la concubine (58). En cas d'adultère pénal du mari prétendûment bafoué, la femme ne peut-elle pas opposer une fin de non recevoir à son action (art. 336 *in fine*) ? A notre sens il résulte de ces remarques que les règles régissant l'adultère pénal ne permettent pas d'opposer une fin de non recevoir globale et *a priori* à l'action d'une concubine, coupable ou complice d'adultère. En cas de mariage apparent, les conditions de l'action publique (vu le décès de l'un des concubins et l'interruption *ipso facto* des relations adultères) ne peuvent être réunies que dans des hypothèses marginales : plainte déposée avant le décès, concubinage d'une femme dont le mari était retenu loin de son pays par des circonstances de guerre (Loi du 23 décembre 1942) (59).

Il est donc impossible d'exclure *a priori* la concubine, adultère ou complice, sous prétexte d'adultère pénal, dans la mesure où l'union libre implique l'abdication tacite de l'époux bafoué. Mais, en règle générale, l'immoralité et les risques d'instabilité de tels concubins dans leurs affections sont, en fait, plus faciles à établir pour le tiers auteur du dommage. Lui faut-il même établir cette immoralité ? Illégitimité et instabilité ne sont-elles pas présumées irréfragablement ? C'est ce que pensent les auteurs qui rejettent *a priori* (60) l'action de toute concubine.

(55) « A. que le désistement du mari de sa plainte en adultère contre sa femme et le complice éteint toute action pour la répression de ce délit et *doit faire considérer l'adultère comme n'ayant pas existé* ». Cass. Crim. 26 août 1857, Bourgeois c/ Petit, D.P. 1857.1.345.

(56) Cas de tutelle dative confiée par le conseil des tutelles à un père adultérin de fait (ex. dans Douai, 10 décembre 1953, J.C.P. 1954.2.7961).

(57) T. Corr. Seine, 12 février 1931, D. 1931.2.57, note Voirin I.

(58) Ce point semble aujourd'hui incontestable vu l'article 6 in fine du Code de procédure pénale que la Chambre Criminelle interprète comme imposant de « constater l'extinction de l'action publique » : « Attendu qu'il résulte de l'article 6, al. 3, Code procédure pénale, que *l'action publique s'éteint, en cas de retrait de plainte, lorsque celle-ci est une condition nécessaire de la poursuite* » (Crim. 28 octobre 1965, D. 1965.803). *Contra* : note Tortat, S. 1933.2.27, col. 1.

(59) Il semble que ce soit l'unique hypothèse dans laquelle la complicité d'adultère puisse tomber sous le coup de la loi pénale sans qu'une plainte de l'époux bafoué soit exigée. Voir Cédié, *op. cit.*, n° 99 et s. En dépit de l'application de ce texte à l'hypothèse d'un mari, officier en Indochine (Crim. 26 octobre 1954, B., n° 306), on nous accordera qu'il s'agit d'un cas limite.

(60) Le Balle, *La Chose Jugée*, Cours 1955. « En matière de concubinage, la contradiction aux bonnes mœurs est patente » (p. 244). Certains concubinages peuvent être adultérins aux yeux d'une jurisprudence spécialement

Recherchons plutôt les directives que nous fournissent la Morale et la Raison, tout en gardant présent à l'esprit que l'appel exclusif à la Morale n'est souvent qu'un aveu d'impuissance tant il est vrai que « lorsque l'on ne peut se placer du point de vue de l'intelligence, on se place du point de vue de la morale » (Montherlant).

Chapitre I : De la Vanité de l'appel à la Morale.

Chapitre II : De la Recherche d'une solution rationnelle au regard du statut de l'Union Libre.

pointilleuse et limitant au maximum l'élément intentionnel dans l'adultère civil alors même que les concubins sont tout à fait dignes de respect (Aix, 12 décembre 1960, Sauvé c/ Sauvé, D. 1961.479, note Mimin : Mari adultère car il a omis de signifier le jugement de divorce obtenu trois ans plus tôt et s'est remarié sans que quiconque relève cette omission. En l'espèce, d'ailleurs, il y aurait mariage putatif).

CHAPITRE I

DE LA VANITE DE L'APPEL A LA MORALE

222. — L'union libre est-elle immorale par définition ? Il semble délicat d'apporter de *plano* une reponse à cette question, ne serait-ce que par la nécessité de définir au préalable une morale de référence. De plus, alors même que, subjectivement, nous conclurions à l'immoralité du phénomène « union libre », le Droit pourrait-il sanctionner cette immoralité, vu l'importance sociologique du phénomène et la tolérance dont il bénéficie en fait de la part du milieu social ? « Il faut prendre garde que la morale à laquelle le droit semble ouvrir ses portes est moins l'éthique transcendentale que les bonnes mœurs, mœurs des bonnes gens, simples coutumes au fond (spécialement coutumes de la vie sexuelle) en un lieu et un temps donnés » (1).

223. — Il existe deux degrés d'immoralité, l'immoralité simple et la turpitude. Peut-on faire appel à l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » afin d'écarter l'action de la concubine ? En dépit de l'autorité des auteurs qui font appel à cet adage (2), il nous semble très douteux que la concubine puisse être considérée comme « indigne du secours des lois (3) en vertu de la maxime « *Nemo auditur* » (4). Diverses raisons s'y opposent.

(1) Carbonnier, t. 1, p. 14, éd. 1964.

(2) En ce sens : Voirin, D.P. 1931.2.57.II.1° ; Mazeaud H. et L., dans Mazeaud-Tunc, t. 1, p. 364, 5e éd. ; Tortat, S. 1933.2.I (pas de « préjudice avouable »). Plus nuancé, Dorat des Monts, *op. cit.*, p. 128 (pense que « chaque fois que cela est possible, il est préférable de ne pas invoquer nemo auditur »).

(3) Pothier, Traité des Obligations, n° 43 in fine (cité dans Ripert, *Règle morale*, n° 105). Comp. : « Il y a des plaintes dont l'écho se meurt aux portes du prétoire sans atteindre l'oreille du juge ». (M. l'avocat général Lecourtier, D. 1965.295 in fine).

(4) Cf. A. Ponsard, *Nullité*, Encycl. Dalloz, Dr. Civ., nos 67 et 170 à 174 ; Ripert, Cours de doctorat 1929-30 publié : « Les limites de la liberté contractuelle », p. 551 et s. ; Ripert, *Règle morale*, nos 104 à 110 ; Savey-Cazard, Th. Lyon 1930.

En premier lieu, il est admis que l'illicéité (ou l'immoralité) qui, en vertu de cet adage traditionnel, fait obstacle à l'action, est l'immoralité qui affecte un rapport de type synallagmatique existant entre les deux parties à un procès. Or, dans l'hypothèse envisagée, la « turpitude » (sic) affecte non pas les relations entre le défendeur et la demanderesse (5) mais les relations entre cette dernière et la victime immédiate. La règle « *Nemo auditur* », si critiquée par ailleurs, ne peut être ainsi abusivement utilisée en dehors de son domaine normal d'application (6). Comme le relevait le Doyen Ripert : « On ne saurait priver un homme du bénéfice du commerce juridique sous prétexte d'indignité, puisque, quand le Code Civil a voulu le faire pour l'interdit légal, il lui a nommé un représentant. Nous n'accorderons donc ce droit au juge que dans des circonstances exceptionnelles où se manifestera un lien entre l'indignité du demandeur et l'action à intenter, lien de nature telle que l'action naîtrait, si elle était recevable, de l'acte immoral lui-même (7). Un tel lien n'existe pas en l'espèce.

En second lieu, il est admis que la maxime, si elle est susceptible de *limiter les effets de la nullité* d'un acte, ne saurait restreindre la *faculté d'invoquer* cette nullité (8). Alors même que, *mutatis mutandis*, l'on admettrait l'extension de la règle « *Nemo auditur* » au domaine de la responsabilité civile, il faudrait donc en déduire par analogie que rien n'interdirait d'établir tout d'a-

(5) Cette idée morale se retrouve parfois dans des rapports bilatéraux *extracontractuels* mais toujours dans les rapports entre parties au procès. ex. récents :

a) Tribunal Grande Instance Grenoble, 28 octobre 1963, J.C.P. 1964.2.13534. « Si une condamnation à une peine afflictive et infamante constitue une « cause péremptoire » de divorce... encore faut-il que l'époux qui l'invoque puisse réellement se plaindre d'une flétrissure ; il ne saurait en être ainsi lorsque l'époux demandeur en divorce, non seulement a connu les faits criminels ou les a approuvés, mais a participé effectivement à leur réalisation, soit comme coauteur, soit comme complice ». (en l'espèce complicité d'attentats à la pudeur sur la personne de sa propre fille).

b) M. Voirin (note au D. 1964, p. 160.III.A sous Civ 1re. 4 décembre 1963) relève à juste titre que le mari qui a fautivement abandonné à sa femme ses fonctions de chef de la communauté ou de chef de famille « n'est pas admis à en tirer un motif d'exonération » pour échapper à une condamnation fondée sur l'article 1384, § 3, Code Civil.

(6) En ce sens : G. Calbairac, D. 1961, chr. p. 170 (« caractère supplétif » de cette norme) ; T. Corr. Seine, 6 avril 1955, Bariant c/ Daudely, G.P. 1955.1.432 : « Il s'agit d'une règle de Droit civil plus particulièrement applicable au domaine des conventions et dont les contours sont, d'ailleurs, des plus incertains ». Comp. Amiens, audience solennelle, 4 décembre 1952, J.C.P. 1953.2.7586 ; Colmar, 9 janvier 1958, S. 1958.91, note Hugueney, à propos d'un contrat de prostitution (cet arrêt invoque explicitement : ... « la règle nemo auditur, toujours en vigueur »).

(7) Règle morale, n° 104. Comp. Vandamme, *op. cit.*, p. 162.

(8) Ponsard, *op. cit.*, n° 67. Flour, Cours Lic. 2e préc., p. 456 : « En dépit d'une confusion parfois commise... la règle « nemo auditur » fait obstacle, non pas à l'annulation du contrat, mais seulement à ce que cette annulation produise ses conséquences logiques ».

bord les responsabilités et d'accorder une évaluation de principe non exigible. Nous nous aventurerions alors sur un terrain bien incertain.

Enfin, si nous nous placons sur le terrain du fait, il est bien hasardeux d'invoquer la règle « *Nemo auditur* » à propos de la concubine (compagne ou « fiancée »). Une étude sommaire du domaine de la règle est suffisamment convaincante (9) : Son champ d'application est, somme toute, limité et incertain. L'incertitude est voulue puisque la règle vaut surtout comme une sorte d'épée de Damoclès (10), susceptible de jouer un rôle actif dans la police des contrats qui touchent de près ou de loin à la prostitution (11).

Abstraction faite de la conception très étroite que le juge criminel se fait de la turpitude (12), il est impensable de considérer plus sévèrement la concubine que les parties à des conventions « simplement illicites » pour reprendre l'expression de certains arrêts (13). D'ailleurs, la Chambre Criminelle a rejeté un pourvoi qui invoquait expressément cet adage ; elle a motivé ce rejet par un attendu de principe très compréhensif, qui écarte l'adage chaque fois qu'il y aura crime ou délit contre les personnes (art. 295 à 463 C.P.), spécialement homicide involontaire (14). C'est précisément le cas lorsque la concubine se prévaut d'un dommage réfléchi devant la juridiction pénale.

(9) Flour préc., p. 456 à 459 ; Ripert et Boulanger, t. II, n°s 759 à 764 ; Carbonnier II, éd. 1964, p. 441 et s. « Pratique judiciaire » (spéc. p. 442, n° 2) ; Ripert : *Règle morale*, n°s 105 et s.

(10) Comp. Caen, 29 juillet 1874, D. 1875.2.127 ; Flour, p. 460. II, in fine ; Ripert et Boulanger, n° 764, p. 282.

(11) Soc. 8 janvier 1964. Dlle Monge c/ dame Minart, J.C.P. 1964.2.13546 : « Les juges du fond ont constaté que la demoiselle Monge avait été employée comme femme de chambre dans la maison de tolérance exploitée par la dame Minart et avait participé à une entreprise illicite et immorale ; ils ont pu en déduire qu'elle était mal fondée à se prévaloir d'un contrat « dont la cause était illicite et contraire aux bonnes mœurs ». »

(12) Crim. 7 juin 1945, D. 1946.149 (prostituée) ; Crim. 7 juin 1952, J.C.P. 1952.2.7074, rapp. Brouchot (implicite : avortée si survécue) ; Crim. 8 décembre 1953, D. 1954.437 (acceptation de chèque sans provision). Les actions formées par la prostituée, l'avortée, l'acceptant sont accueillies par la Chambre criminelle. Comp. : Il faut d'ailleurs relever qu'il y a là, une manifestation typique de « l'autonomie du droit pénal ». Cette autonomie est accentuée, — pour ne pas dire aggravée —, du fait que le droit pénal spécial français ne connaît guère d'infractions sexuelles entre adultes consentants. Alors que l'on réaffirme le caractère non délictuel des pratiques homosexuelles (sur ce problème : Larguier, D. 1961, chron. p. 26 et s., spécialement III, p. 33), comment pourrait-on considérer le mariage apparent comme une sorte de mal absolu ? Tout est relatif.

(13) Colmar, 4 janvier 1961, G.P. 1961.1.304. Comp. : la clause de célibat par laquelle les Compagnies aériennes « offrent aux clients-rois l'agréable spectacle de « pin-up » mises à leur disposition » (Voirin, D. 1963, chr. p. 249).

(14) Crim. 25 mai 1956 (Patin préc.), G.P. 1956.2.60 « L'art. 1131 C. C., ne vise pas les obligations ayant leur propre source, comme en l'espèce, dans un délit caractérisé par la loi pénale et dont la somme allouée par les juges à la partie civile constitue la réparation ».

224. — La possibilité d'un recours à l'adage *Nemo auditur* ne résiste donc point à l'examen. Faute de pouvoir opposer à l'action de la concubine cet adage, il importe donc de déterminer si son intérêt est illégitime ? A quel étalon moral devons-nous nous rapporter afin de porter un tel jugement de valeur ? *La laïcisation du droit* n'implique certes pas qu'il faille éliminer toute influence de la religion dans la création du Droit mais elle signifie à tout le moins que « l'Etat ne connaît pas les règles religieuses. Il ne peut même pas leur attribuer l'empire qu'il accorde à des lois étrangères, car se sont des règles d'une société qu'il veut ignorer » (15).

Toute compétence législative directe doit être refusée à la loi canonique mais peut-on faire du droit canon contemporain un étalon moral ? Il nous semble difficile de le faire sans méconnaître la réalité religieuse française où l'immense majorité des baptisés pratique « un conformisme des quatre saisons de la vie et n'entend recevoir que comme rite de passage ce que le prêtre entend lui conférer comme sacrement » (16) et où, pour environ 40 millions de baptisés, on compte à peine 8 millions d'observants réguliers dont une majorité de « pascatins » (17) et une minorité de « bigotes de village dont les curés savent la malice » (18), ce qui fait de l'élite chrétienne une infime minorité. Si l'on veut tenir compte des diverses « familles spirituelles » qui composent notre Nation, il ne semble pas que ce soit insulter à la religion dominante que de s'attacher non au droit canon positif et contemporain, mais aux seuls principes substantiels du christianisme, ceux qui ont définitivement imprégné notre caractère national et le sens moral des citoyens qui appartiennent à la religion réformée ou bien même n'ont aucune conviction religieuse bien déterminée (19). Le concubinage est-il immoral si l'on considère la « substance de l'antique doctrine qui constitue le dépôt de la foi », c'est-à-dire l'essence des Ecritures saintes (20)

(15) Ripert, *Les forces créatrices du droit*, nos 54 et s. ; Comp. Ripert-Boulanger, t. I, n° 41 ; Flour, Cours Licence 1re année 1963-64, p. 30 ; La position de la jurisprudence est dépourvue d'équivoque : Elle examine le « *fait juridique* qui résulte du jeu des institutions de l'Eglise catholique ». (Lyon, 12 février 1963, J.C.P. 1963.2.13121).

(16) Carbonnier, *op. cit.*, Et. Ripert,, t. 1, p. 339 ; Le Bras préc., p. 224 à 227.

(17) M. Le Bras in *Aspects de la société française* (1954) pour une France de 42 millions d'habitants alors compte « au moins 38 millions de baptisés » (p. 224). Il « pense que le nombre des observants réguliers pour la France n'est pas très éloigné de 8 millions. Le chiffre des non-baptisés doit être entre 2 et 3 millions. Le reste est conformiste saisonnier » (p. 226). Parmi ces observants réguliers, une majorité, les « pascatins », ne font que leurs Pâques (p. 225, § 1).

(18) Le Bras, p. 225, § 2.

(19) Dabin J., in *La philosophie de l'ordre juridique positif* (1929) propose de « substituer au donné idéal de M. Gény, le donné chrétien-catholique » pour jouer le rôle de « morale inspiratrice de la loi » (nos 118 à 120).

(20) B.G. : M. Carbonnier (t. 1, p. 22 d et p. 38 d, éd. 1964), pense que « l'imprégnation du droit est la conception la plus courante » mais avance

plutôt que les formules dont on l'a revêtue aux temps modernes (21).

§ 1. — CONCUBINAGE ET MORALE CHRETIENNE TRADITIONNELLE.

225. — L'histoire du mariage en droit canon classique et dans notre ancienne France (1) conduit à penser qu'il est impossible de taxer l'union libre d'immoralité.

Au moyen âge capétien et jusqu'au XVI[e] siècle, le droit canonique détermine seul les règles juridiques relatives au mariage et la compétence juridictionnelle des tribunaux ecclésiastiques est alors incontestée (2). A une époque où l'Eglise dispose ainsi de toute latitude pour faire prévaloir ses objectifs, elle voit dans le mariage un sacrement que les époux s'administrent à eux-mêmes par le seul échange du consentement (*fides consensus* ou *verba de praesenti*) ; elle n'exige aucune solennité afin de protéger la liberté du consentement matrimonial. Certes, le pape pouvait dissoudre le lien du mariage tant que la *copula carnalis* n'était pas intervenue (3) mais la *théorie du matrimonium praesumptum rendait indissolubles la plupart des unions de fait.* L'on présumait irréfragablement la réunion des *verba de praesenti* lors de la *copula* si l'existence préalable des *verba de futuro* était établie devant l'official (4). Il en résultait de graves incertitudes quant à la preuve du « *matrimonium clandestinum* ». L'official s'attachait le plus souvent à la possession d'état. « La cohabitation prolongée d'un homme et d'une femme qui, en fait, se traitaient comme époux, fournissait une preuve suffisante du mariage » (5).

Cette tendance à absorber l'union libre dans le mariage, en la déclarant union légitime tacite, se retrouve de nos jours dans le droit positif de pays sous-développés dont le catholicisme consti-

au colloque de Strasbourg que « La Bible est le Code, la Bible est, doit être le livre de droit des Chrétiens » (La Bible et le Droit).

Conception séparatiste du droit et du christianisme (VILLEY, Préface du colloque) ; RIPERT et BOULANGER, t. 1, n° 41 ; FLOUR préc., Lic. I, 1963-64, p. 30 et p. 73 à 76 ; *La Révélation chrétienne et le droit* (1961), compte-rendu du colloque de la Faculté de Strasbourg.

(21) S.S. Jean XXIII. Discours à l'ouverture du concile (11 octobre 1962) : « Autre chose est la substance de l'antique doctrine qui constitue le dépôt de la foi, autre chose les formules dont on la revêt ».

(1) B.G. : PETOT, *Le mariage et ses effets civils*, (Cours d'Histoire du droit privé (1954). TIMBAL, *Le mariage dans l'ancienne France* (Cours doctorat 1959-60 inédit). J. DAUVILLIER, *Le mariage dans le droit classique de l'Eglise*, Th. 1933. A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, 2[e] éd. 1929.

(2) PETOT, *op. cit.*, p. 9.

(3) A. ESMEIN, *op. cit* 146.

(4) DAUVILLIER, *op. cit.*, p. 55 et s.

(5) A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 223.

tue incontestablement la religion dominante (6). Serait-elle donc tellement aberrante pour les oubliés de la société de consommation, notamment les concubins du sous-prolétariat des bidonvilles qu'évoque le professeur Tunc (7) ? Ne pourrait-on songer à imiter sur ce point la législation du Panama puisque nous tolérons qu'une fraction de notre population vive dans des conditions sud-américaines ?

Les inconvénients pratiques de la doctrine canoniste sont connus : risques de bigamie, de mésalliance, etc.. Il n'en reste pas moins que l'Eglise a considéré que le mariage se formait *solo consensu* (ou par la seule copulation) jusqu'au concile de Trente, soit durant seize siècles. Il est d'ailleurs certain que le décret de réformation fut promulgué sur la requête pressante de l'ambassadeur du roi de France qui exigea hypocritement que « les antiques solennités du mariage soient rétablies aujourd'hui » (8). Il s'agissait bien plus de protéger le régime de castes sur lequel reposait la société civile que de satisfaire aux exigences fondamentales de la morale chrétienne. Les canons du concile ne furent d'ailleurs jamais reçus en France car ils ne répondaient pas assez aux préoccupations hautement « morales » de la société civile (mésalliance - *patria potestas* héritage). Pourquoi notre société démocratique endosserait-elle des réformes marquées d'un esprit de caste que l'on souhaiterait désuet (9) ?

Le *proprius parochus* est seulement un témoin qualifié. Ni les questions posées par le curé, ni sa bénédiction ne sont de l'essence du mariage religieux. En conclusion, la doctrine canoniste antérieure à la contre-réforme voyait dans la conjonction d'une volonté de vie commune (affectée d'un seul terme extinctif : la mort), et de la copula le fondement du mariage légitime. L'exigence d'une cérémonie devant un témoin qualifié s'y est ajoutée

(6) G. Hubrecht (Rev. int. dr. comparé 1958, p. 782). *Transformation de l'union de fait en mariage au Panama.* Loi 6-12 décembre 1956 : Inscription à l'état civil sur la demande de tout intéressé au bout de dix ans si les conditions de fond du mariage sont réunies (5 témoins). Toutes les conséquences de droit de mariage légitime. En quelque sorte, le mariage est alors un « concubinage apparent ».

(7) Tunc, Rev. Tr. Dr. Civ., p. 109, 1964, et in Mazeaud-Tunc, 6e éd., t. 1, n° 279, note 1 in fine.

(8) Timbal, *op. cit.*, inédit ; Petot, *op. cit.*, p. 51-58 ; Mazeaud, Leçons I, p. 716 ; Adde : G. le Moyne de Sérigny, *Le droit civil de la province de Québec*, Th. Bordeaux 1950, 160 pages. Cet auteur écrit notamment : « La bénédiction nuptiale, bien postérieure au concile de Trente, a été imposée pour réagir contre les mariages de surprise qui se produisent en France au XVIIe siècle et qui consistaient pour les fiancés à se rendre à l'église accompagnés de notaires et si le curé refusait de procéder à la célébration, à se faire donner acte qu'ils s'étaient mariés proprio praesente parocho in facie ecclesiae » (p. 18). L'exigence de la bénédiction nuptiale fut imposée par l'autorité civile (Edit de 1697). Comp. Tunc dans Mazeaud-Tunc I, n° 279, note 1 (« faute de procédure »).

(9) Cf. sur l'idée selon laquelle « la classe sociale serait le milieu au sein duquel l'on se marie » la confirmation décevante apportée par A. Girard (*Le choix du conjoint, une enquête sociologique en France*, 1964).

sur la pression des pouvoirs séculiers qui menaçaient Rome de schismes. Il semble donc difficile d'en conclure à l'immoralité (voire à la turpitude) de principe de toute union libre alors que cette union eût pu, il y a quatre siècles, être considérée comme un *verum conjugium* par l'official saisi (10).

A rejeter *a priori* la concubine pour illégitimité, il y a certes un excès de vertu, peut-être l'idée évoquée par Esmein selon laquelle « l'acte sexuel est immoral, l'Eglise y ayant vu un acte impur, non seulement hors du mariage, mais encore dans le mariage » (11). Cette idée n'est en tout cas que subsidiaire. L'Eglise a toujours facilité les conditions de forme du mariage et tenu le plus grand compte de la consommation car elle voit dans le mariage un remède à l'incontinence. Sur ce plan, le droit canon épouse de plus près la réalité que notre droit civil avec ses pubertés forfaitaires (12). Nous ne retiendrons donc pas l'idée de M. Esmein ou, tout au moins, nous ne l'imputerons pas à la saine tradition canoniste, plus réaliste que tolérante (13) d'ailleurs.

En fait, nombre de juristes perdent de vue la dissociation fondamentales entre mariage civil et mariage religieux

§ 2. — DE LA DUALITE DES POUVOIRS CIVIL ET RELIGIEUX.

« Moralement le mariage ne diffère de l'union libre maintenue avec une rigoureuse fidélité que par son caractère d'acte religieux »

(Ripert et Boulanger, t. 1, n° 733)

226. — Mariage civil et mariage religieux sont indépendants. Il est compréhensible que, quitte à encourir les foudres de l'Etat, un évêque traite publiquement en chaire des époux unis seule-

(10) En ce sens : Tunc dans Mazeaud-Tunc I, n° 279, note 1 ; J. Granier, *op. cit.*, J.C.P. 1959.1.1299, col. 4.

(11) Esmein (Travaux de l'Assoc. H. Capitant, 1957, p. 129) évoque également « le jeune moine boudhiste qui s'arrache un œil pour ne pas voir la trop jolie femme qu'il a devant lui ».

(12) Certains pères de l'Eglise se sont demandé si Marie était une véritable « uxor » pour Joseph (Ex. : dans Gratien C., 27.9.2, canon 49 et St-Jean Chrysostome dans C. 27.9.2, c. 44).

A l'opposé, les unions sexuelles d'impubères étaient validées par l'official car « malicia supplet aetatem » (11 et 9 ans pour officialité d'Aix, cité Timbal, *op. cit.*).

(13) L'idée évoquée par M. Esmein fut surtout marquée dans certaines hérésies (notamment chez les « purs », les cathares ou « albigeois ») combattues de la manière que l'on sait par l'Eglise. Sans que l'on doive exagérer l'horreur de l'acte charnel dans une hérésie qui se perpétua de père en fils durant quelques siècles.

ment civilement de « concubins publics » (1). En revanche, postuler l'immoralité de l'union libre c'est, pour un juriste (qui peut être catholique à titre privé), sacraliser le mariage civil et s'exposer à taxer d'immoralité de *veri conjuges* aux yeux de la loi religieuse.

A - *De l'impossibilité de sacraliser l'Union Légale.*

227. — Débouter toute concubine, c'est instituer un hiatus total entre l'union libre et le mariage civil. Peut-on sacraliser ainsi une union dont l'évolution contemporaine a fait une sorte de mariage *sine manu* ? « La décadence du mariage civil en tant que cérémonie est un des traits les plus suggestifs de notre droit » (2). La pratique qui consiste à se marier civilement la veille du mariage religieux marque suffisamment le peu de signification métaphysique attaché à la cérémonie civile. Que penser de l'époux qui exigerait la consommation du mariage avant la cérémonie religieuse au mépris des convictions de son conjoint ? Si, à juste titre, une telle hypothèse suscite une réaction défavorable, l'on est loin de « croire » au mariage civil (3).

228. — Considérons maintenant la multiplication des divorces. Il faut en conclure que le divorce-sanction a fait place au divorce-faillite pour la moindre incompatibilité d'humeur, la Cour de Cassation approuvant la qualification des juges du fond (4). De là, dans la pratique judiciaire, le cadre du divorce par consentement mutuel a éclaté. Par delà les règles du Code, le sociologue peut en conclure que le « génie et le démon de notre droit matrimonial, c'est la liberté » (5). C'est, d'ailleurs, ce qu'admettent implicite-

(1) Allusion à Mgr Fiordelli, évêque de Prato, condamné à une amende de 40.000 lires avec sursis pour injures envers M. et Mme Bollandi, épiciers ruinés de ce fait (1re instance le 2 mars 1958). Mgr Fiordelli fut, au demeurant, acquitté le 25 octobre 1958 par la Cour de Florence. Voyez Le Monde du 24 avril 1965, p. 12, col. 2.

Réciproquement le *concubinage d'un religieux* présente aux yeux du civiliste la même valeur qu'un concubinage purement civil en cas de stabilité : Indemnisation accordée par Grenoble, Ch. Corr., 26 octobre 1966, R... c/ R..., J.C.P. 1967.IV.35 préc. : « Seules ses convictions religieuses l'empêchaient d'épouser » la demanderesse (sic).

(2) Carbonnier, *op. cit.*, Et. Ripert, t. I, p. 328.

(3) Comp. Ripert-Boulanger, t. I, nos 1098 à 1101 et Henri Mazeaud, Lic. I. 1954-55, p. 514 : « Pour beaucoup, le mariage civil n'est considéré que comme une simple formalité accessoire, comme une sorte d'enregistrement ; ce qui compte, c'est le mariage religieux ».

(4) Civ. 2e civ., 3 juillet 1963, D. 1964.S.5, dame Dutrut c/ Dutrut (« Comportement et humeur atrabiliaire » de la femme). A l'inverse, « humeur froide et réservée » de la femme (Civ. 2e, 22 juillet 1963, D. 1964.S.13, M. c/ M.) ou bien « le mari subissait des vexations telles que l'obligation de laver son linge » (Civ. 2e, 22 juillet 1963 préc.).

(5) Carbonnier, Et. Ripert I, p. 336. Adde : Chesné Guy, *Le divorce par consentement mutuel*, D. 1963, ,chr. 95.

ment la plupart des auteurs : les plus hostiles envers le divorce considèrent que, par delà le divorce par consentement mutuel, nous connaissons déjà un divorce-répudiation « par consentement forcé » (6). Le projet d'option entre un mariage dissoluble par le divorce et un mariage indissoluble, n'implique-t-il pas pour ses auteurs que le mariage actuel constitue un concubinage légal ? (7).

Confronté aux statistiques de divorce (une demande en divorce ou en séparation de corps pour sept mariages) (8) l'argument de l'instabilité de principe de l'union libre nie la réalité dans la plupart des hypothèses concrètes d'action de la concubine. Le divorce est le véritable ennemi de la famille. Si le mariage légal peut être dissous avec avec facilité pour mauvais caractère ou « humeur froide », quelle différence morale fondamentale le distingue du concubinage ? (9).

De plus, la sacralisation du mariage civil suppose que l'on admette pour axiome, non seulement sa stabilité, démentie par les faits, mais encore sa moralité absolue. Le déclin du mariage de raison a suivi celui de la fortune acquise et a fait beaucoup pour moraliser les unions. Toutefois, les conceptions matrimoniales de certaines franges de notre société, répercutées à l'infini par une certaine presse, ne plaident pas en faveur d'une conception séraphique de l'union légitime elle-même (10). Par ail-

(6) H. MAZEAUD, D. 1963, chr. p. 141, col. 1. Cet auteur admet d'ailleurs que le mariage serait « voisin du concubinage ».

(7) L. MAZEAUD, D. 1945, chr. 11 et s.

(8) Annuaire statistique de la France (éd. 1958).

a) En 1956,
il y a eu 293.450 mariages (p. 22)
il y a eu 36.899 divorces demandés (p. 61)
il y a eu *31.254 divorces accordés soit environ 90 % des demandes*
il y a eu 4.284 séparations demandées
il y a eu 3.734 séparations accordées

b) En 1966, proportions analogues, soit 36.500 divorces pour 340.000 mariages.

Allant plus loin encore, une fraction de la doctrine note que le rejet des demandes en divorce présente l'inconvénient de ne pas « régler les rapports familiaux en cas de relâchement du lien matrimonial » (GAROLA-GIUGLARIS, D. 1965, chr. 1, *Le fondement du droit de visiter et d'héberger l'enfant*).

(9) En ce sens : GRANIER, *op. cit.*, 4e col.

(10) Contra : CARBONNIER, *op. cit.*, p. 342, à propos des « divorces de Paris, de la Côte d'Azur, d'artistes et d'oisifs » : « Toute société monogamique a une frange d'instables, de polygamiques résurgents ». Il nous semble pourtant que si l'on compte une demande en divorce pour sept unions, le divorce affecte réellement « les couches profondes du pays ».

En revanche, « l'idée même du divorce a tellement marqué les générations actuelles que le mariage, dès le départ, se présente pour beaucoup comme un simple contrat sous condition, une promesse de valeur relative, sans fidélité, sans loyauté. Combien de fois a-t-on entendu dire par des jeunes gens : « Si cela ne marche pas, on divorcera » ? Une première conséquence du divorce a été de donner à la notion de mariage un caractère de fragilité, de provisoire ». Ces lignes extraites d'un organe du Vicariat aux Armées

leurs, aussi habile qu'en soit la motivation technique, certaines décisions admettent, en fait, que le devoir conjugal se monnaie, idées empruntée aux nouvellistes de la Belle Epoque. Acollas eût parlé de droit au viol et Musset, plus poétiquement, d'une nymphe livrée à un barbon (11). Qu'il nous soit donné de porter plus d'estime à la demoiselle Kredens dont la cécité et les cinq enfants n'ont pu fléchir le rigorisme de nos juges.

Il est donc impossible de sacraliser suffisamment le mariage civil pour exclure toute concubine au nom de la Morale. C'est bien là, au fond, l'opinion des auteurs qui, sans oser poser en axiome la moralité ni la stabilité du mariage civil, se placent sur le seul plan de la certitude de l'existence de l'*affectio maritalis* (12), tant il est vrai que les concubins peuvent parfois être des époux qu'unit un lien religieux.

B - *Des « concubins » mariés religieusement.*

229. — Sans qu'il soit nécessaire de faire appel à l'ancienne doctrine canonique, certains concubins peuvent être unis valablement aux yeux de leur loi religieuse. Ira-t-on jusqu'à considérer comme concubins immoraux ceux qui se marient devant un prêtre sans célébration civile préalable ? Il peut s'agir d'un prêtre trompé par un faux acte de mariage civil, ou convaincu à tort de la célébration effective du mariage civil, ou bien encore d'un prêtre négligeant délibérément les conséquences des articles 199 et 200 du Code Pénal. Des hypothèses de célébration d'un *mariage in extremis* (13) entre deux vieux concubins avant l'arrivée de l'officier d'Etat Civil peuvent se produire, soit que le prêtre ait préféré risquer une peine d'amende voire un hypothétique emprisonnement, plutôt que de rester sourd aux appels de sa conscience (14), soit qu'il y ait eu célébration sans ministre du culte

montrent assez le doute qu'entretiennent les ecclésiastiques à l'égard de l'existence d'un véritable affectio maritalis dans le mariage contemporain (« Lettre au personnel féminin des armées », n° 3, mai-juin 1964).

(11) Paris, 1re ch., suppl. 1er juin 1965, J.C.P. 1966.II.14762 (somme destinée à « favoriser la reprise de la vie commune »). Comp. MAUPASSANT, *Au bord du lit*, nouvelle, 23 octobre 1883. Cf. PEYTEL, *op. cit.*, p. 165 et les citations d'Acollas et de Musset flétrissant les « honorables » unions, disproportionnées par l'âge et la fortune.

(12) TUNC dans MAZEAUD-TUNC, p. 364, note 1 in fine, 5e éd. mais réserves abandonnées in 6e éd. BOYER, *op. cit.*, s'interroge sur la certitude du « contrat d'union libre » (p. 25 et s.).

(13) La dissociation entre mariage religieux et mariage civil se produisait, dès l'ancien droit, les ordonnances royales privant d'effets civils les mariages in extremis entre concubins (ESMEIN, Rev. Tr. Dr. Civ. 1935, p. 759).

(14) Lorsque le Ministère public n'use pas du discret pouvoir de pardon qui résulte du principe de l'opportunité de la poursuite, la sanction pénale est inévitable si l'élément intentionnel est réalisé. En ce sens : T. Corr. Lorient, 29 octobre 1923, Abbé Guillouzic, G.P. 1924.1.68, D. 1924.2.72, sous note et Rennes, 19 décembre 1923, D. 1924.2.73 (sur appel). T. Corr. Nantes, 22 mai 1934, Abbé Hervouet, S. 1935.2.37, note H. R.

par application de l'art. 1098 *codex juris canonici* pour *absentia moralis*. Il suffit alors au prêtre de se retirer pendant que les deux concubins échangent leur consentement en présence des témoins (*coram solis testibus*) (15).

Lorsque la jurisprudence accueille la demande d'une concubine, mariée *in extremis* (16), civilement ou non, elle considère implicitement mais nécessairement que le concubinage n'est pas immoral puisque les conditions de la responsabilité doivent être réunies au jour du délit (17). Lorsqu'il n'y a eu aucune régularisation mais seulement un projet de régularisation, il est impossible de faire appel à l'idée qu'il s'agissait d'une fiancée puisque celle-ci ne se prévaut, si elle n'est que fiancée, que d'un préjudice bien limité (18).

En revanche, il existe, concentrée dans l'Ouest et la région lyonnaise, une secte catholique qui a refusé le concordat napoléonien et ne reconnaît pas l'autorité du concile de Trente, *la Petite Eglise*. Ses adeptes, n'ayant pas besoin d'un prêtre lequel encourrait des sanctions pénales, s'unissent religieusement avant que les nécessités administratives ne les incitent à régulariser leur union sur le plan juridique (19). Si l'un de ces catholiques dissidents se trouve victime d'un accident, ne serait-ce pas un excès de sectarisme (20) que de considérer son épouse comme une vile pécheresse (sic) ? Ne serait-ce pas un faux-fuyant que de voir en elle une fiancée ?

Bien d'autres hypothèses peuvent se produire. Ce serait le cas, par exemple, de deux mineurs français qui profiteraient d'un séjour prolongé à l'étranger pour contracter une union religieuse, valable en ce lieu comme mariage civil (La plupart des états américains du nord fixent la majorité matrimoniale à 15 et 17 ans), mais sans le consentement de leurs parents. Les circonstances excluant la bonne foi, si la nullité est demandée dans le délai prévu par l'art. 183 du Code Civil, le mariage ne vaudrait peut-être pas comme mariage putatif (21). Pourrait-on sérieuse-

(15) Michel GENDREL, *Les mariages in extremis*, Thèse Paris 1957, n°s 329 et s.

(16) T. Civ. Rouen, 8 novembre 1954, Vve Bineau, D. 1956.S.19 p. ex.

(17) En ce sens RODIÈRE, n° 1655. Dès lors, on voit difficilement comment le mariage, surtout in extremis (— puisqu'il n'engage plus à rien en ce monde —), pourrait juger un vice essentiel qui aurait entaché l'union libre lors de l'accident.

(18) Contra : MAZEAUD-TUNC I, n° 277.5, note II et n° 283, note 17 in fine.

(19) TIMBAL, *op. cit.* Voyez également Le Monde du 3 avril 1965, p. 10, col. 4. (Le retour de la Petite Eglise au sein de l'Eglise Catholique Romaine est admis en principe).

(20) Sur l'attitude des Eglises vis-à-vis de la législation civile du mariage voir un témoignage d'œcuménicité dans H. MAZEAUD, D. 1962, chr. 144 in fine, *op. cit.* Adde : débats au concile sur « la liberté religieuse dans le monde » (Voy. Le Monde, 25 septembre 1964, p. 1 et p. 13).

(21) Civ. 1er Civ., 8 janvier 1963, Michel de Roumanie, J.C.P. 1964.2.13470. Cet arrêt semble se contenter désormais d'une « croyance subjective à la validité du mariage » pour qu'il y ait mariage putatif.

ment considérer la poursuite des relations sexuelles après l'annulation du mariage comme immorale ? Cela semblerait d'autant plus absurde que, dans de tels cas, d'une part, la majorité de l'opinion publique prête un intérêt passionné aux jeunes gens et que, d'autre part, une union civile légale suivra, le plus souvent, soit que le consentement des parents ait été obtenu, soit que la majorité civile ait été atteinte.

Il est une hypothèse plus fréquente, à en juger par la crainte que témoignaient jadis les auteurs de voir le divorce utilisé afin de tourner l'immutabilité des conventions matrimoniales (22) : C'est le cas de la poursuite de la vie en commun après un divorce simulé (23) ou bien du « remariage à l'essai » d'époux divorcés civilement mais mariés religieusement. Quel pharisien pourrait taxer d'immoralité une épouse trompée qui demande la séparation de corps, voit celle-ci convertie en divorce sur la demande de son conjoint et, ne reconnaissant aucune valeur au divorce en son for intérieur, reprend la vie commune avec son époux ? Qui l'emporte, au regard de la Morale, de saint Marc (X. 12) ou de l'article 295 du Code Civil qui dispose : « Au cas de réunion d'époux divorcés une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire » ? Qui oserait jeter la première pierre à l'épouse qui n'a pas conservé un souvenir impérissable de « la salle sans propreté et sans décoration » et « des bancs de taverne » (24) de la mairie locale et a négligé d'y faire « enregistrer » le pardon accordé à l'époux repenti ?

Loin d'être une hypothèse d'école, cet « essai » doit vraisemblablement constituer la règle dans la majorité des réconciliations d'époux divorcés. Il s'en trouve d'ailleurs des traces dans la pratique jurisprudentielle. L'on s'étonne que la doctrine ne les ait point relevées à ce jour (24 bis). C'est ainsi que le 6 janvier 1928, le Tribunal Correctionnel de Liège refusa tout *pretium affectionis* à une divorcée qui avait repris la vie commune avec son ex-mari (25). Plus récemment, les juridictions françaises ont eu à connaître d'espèces analogues qui n'ont, semble-t-il, fait l'objet d'aucun commentaire : Le 6 avril 1959, la Cour de Nîmes reproche à une dame Point, divorcée à son profit exclusif en 1948, d'avoir peu après « repris illégitimement une sorte d'existence

(22) Mazeaud, Leçons I, n° 755 3° (3e éd).

(23) Il semble impossible d'en conclure que la concubine doive rester prise au piège de sa simulation puisque celle-ci n'était pas destinée à abuser le responsable. Comp. la valeur relative des fausses déclarations fiscales pour l'évaluation du dommage (Mazeaud-Tunc III, n° 2397).

(24) La Réveillère-Lépaux (cité Ripert-Boulanger, 5e éd. I, n° 741).

(24 bis) En notre sens, voy. toutefois obs. Durry, in Rev. Tr. Dr. Civ. 1968, p. 716, n° 5 : « L'absurdité de la solution n'est-elle pas la plus éclatante démonstration de la fausseté du point de départ » (à propos de l'espèce dame Marcel).

(25) Bull. Assurances (belge) 1928, p. 151 et Observations Van Rynin, Belg. jud. 1929, col. 102.

quasi-conjugale jusqu'à la mort de » son mari-concubin (26). Le 18 mars 1965, dans une autre espèce, la seconde Section Civile rejette, en utilisant la motivation de l'arrêt Méténier, le pourvoi formé par une dame Marcel, épouse divorcée « devenue la concubine » de son mari avec qui elle entretenait leurs enfants communs (27). Nous doutons que le confesseur des dames Point et Marcel ait eu des conceptions morales aussi rigoristes que celles des magistrats de la Cour Suprême. L'excès de vertu convient mal aux sciences sociales.

La recherche d'une solution juridique doit donc s'opérer sur un plan purement rationnel sans négliger pour autant le message de l'invective contre les Pharisiens : « Malheur à vous, Scribes et Pharisiens hypocrites, qui payez la dîme... et laissez de côté ce qui dans la Loi a le plus de poids : la justice, la miséricorde et la foi !... guides aveugles qui filtrez le moustique et avalez le chameau. » (28).

(26) Nîmes, 6 avril 1959, dame Point, G.P. 1959.2.72, D. 1960.S.105, J.C.P. 1960.IV.130.

(27) Civ. 2e Rej., 18 mars 1965, dame Marcel, B.C. 1965.II, n° 290, p. 200. Comp. Trib. Gr. Inst. Seine, 22 février 1962 (référé inédit), Godard c/ Herreman qui refuse la nomination d'un administrateur judiciaire à la succession de leur grand'mère vu « l'absence d'un lien de parenté » aux enfants nés après la réconciliation de fait de leurs parents... qui apprirent ainsi que seuls leurs frères et sœurs étaient légitimes. Du moins, la rigueur des textes impose-t-elle cette solution en matière successorale. Adde : Crim. 1er avril 1968, B., n° 144, p. 271 préc., n° 137, *supra* (indemnisation accordée).

(28) Evangile selon S. Matthieu, 23 v. 23 à 25. Comp. « Une pénible affaire, ou les dessous de la démission d'un *procureur général* », par J. M. Théolleyre in Le Monde, 28 février 1969, p. 10 préc., n° 140, note 23 et le *concubinage d'un religieux*, n° 227, note 1.

CHAPITRE II

DE LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION RATIONNELLE AU REGARD DU STATUT DE L'UNION LIBRE

230. — Il est, nous l'avons vu, impensable de refuser *a priori* toute indemnité à la concubine dont le concubin a été victime d'un accident mortel si l'on fonde ce refus, soit sur l'idée d'une instabilité, soit sur celle d'une immoralité. Ceci ne résisterait pas à l'épreuve des faits car il peut toujours se rencontrer quelques rares unions libres, d'une stabilité et d'une moralité telles qu'elles ne puissent encourir le reproche d'illégitimité de l'intérêt lésé. En cette matière, il conviendrait donc de laisser au juge du fond une liberté d'appréciation souveraine. D'ailleurs, lorsque la Cour de Cassation tente de brider cette liberté d'appréciation, le juge du fait ne manque pas de biaiser et d'éluder son contrôle. Il qualifie alors les concubines stables et respectables de fiancées ou bien encore de personnes assistées sans s'expliquer autrement sur les motifs de l'intention libérale (1). Cette dernière constitue la cause abstraite de libéralités dont le juge du fond se borne à constater la réalité et la régularité (2).

En dernière analyse, il semble que l'union monogamique stable constitue, de San Francisco à Vladivostok, la véritable ligne

(1) Cf. *supra*, n° 120. L'apparition de demandes formées par des fiancés après 1937. Adde : Voirin, D.P. 1928.2.169, col. 1. Comp. : La jurisprudence relative à l'enfant adultérin de fait avant que le revirement de 1937 ne vienne formuler l'exigence de la lésion d'un droit (*supra*, n° 94).

(2) Il n'analyse pas les mobiles et se limite au plan de la théorie classique de Domat. Planiol soulignait pourtant que l'absence d'intention libérale dans les actes à titre gratuit constitue une absence de consentement (Carbonnier, t. 2, éd. 1964, p. 379 ; Flour, Lic. 2e, 1960-61, p. 292. P. Raynaud, Lic. 2e, 1961-62, p. 212, § 1) et que, partant, l'intention libérale était difficilement séparable des motifs.

d'unité de la civilisation européenne au sens large du terme (3). Bien plus, elle constitue la base sociale idéale pour tout pays économiquement développé (4), ou en voie de développement (5). La richesse d'un grand pays moderne est essentiellement constituée par les hommes qui l'habitent et leur degré de culture. « Il faut longtemps pour élever les petits des hommes » (6). Voilà pourquoi le mariage doit être favorisé par rapport au concubinage et protégé contre l'union libre et les ravages du divorce. En effet, l'intention d'affronter en commun et la vie et la mort peut être présumée irréfragablement lors de l'union civile (7). La pression des familles respectives des conjoints, celle du milieu social par la suite, les formalités du divorce concourrent à éviter les séparations irréfléchies ou du moins, elles en limitent les conséquences (8) dont on s'accorde à reconnaître aujourd'hui

(3) CARBONNIER, Et. Ripert préc., I, 341, § 2 : « L'Islam avec sa polygamie, fût-elle théorique, est plus étranger à notre âme que n'importe quel autre système de droit. De Moscou à New-York, la répulsion pour le mariage polygamique trace la véritable ligne d'unité de la civilisation ».

(4) Paradoxalement, la polygamie qui semble, en apparence, une « institution pour riches » a disparu chez les Mormons des U.S.A. à partir de 1890 non point du fait de l'intervention de l'autorité fédérale (elle n'eut lieu qu'ensuite), mais du fait de la marche vers l'Ouest du progrès économique. Lorsque le progrès, venu de l'Est, eut rattrapé les pionniers mormons, la polygamie s'éteint d'elle-même car « on aurait de plus en plus difficilement trouvé des épouses consentantes avec l'évolution moderne » (BOUSQUET, *Les Mormons*, coll. Que sais-je ?, n° 338, p. 123). Adde : LEMONNIER, *Histoire des Mormons*, 1948, Gallimard.

(5) La lutte contre la polygamie de fait constitue l'un des objectifs fondamentaux des pays musulmans qui cherchent à s'arracher au sous-développement économique. Par ailleurs, l'U.R.S.S., après une expérience décevante, s'est souvenue qu'Engels affirmait que la famille doit être fortement constituée et monogamique. La législation familiale de l'U.R.S.S. est (au moins) aussi stricte que celle des U.S.A. (80 % de « chrétiens » pratiquants). Les motifs idéologiques et moraux n'expliquent donc rien. Il s'agit d'une nécessité sociale (V. DAVID et HAZARD, *Le droit soviétique*, t. II, éd. 1954, p. 294-326 et *Lettre au personnel féminin des armées* préc., p. 12).

(6) ESMEIN, Travaux Capitant 1957, p. 129 préc.

Comp. TUNC dans MAZEAUD-TUNC I, p. 364, note 1, § 3, 5e éd ; SAVATIER in *Le droit, l'amour et la liberté* (1937, *L'enfant, la fille-mère et l'amant* (p. 133 et s.) : « L'enfant qui naît dans une famille légitime a, pour ainsi dire, un berceau tout prêt. Pour lui, ses auteurs ont, d'avance et de plein gré, renoncé à la liberté des sexes (n° 1)... L'enfant de l'amour libre naît au contraire dans le désert (n° 2) ». Idem Rev. Crit. Leg. Jur. 1936.228 et s. CARBONNIER, *op. cit.*, Et. Ripert I, p. 341, § 1, « L'institution du mariage est tournée vers l'avenir ».

(7) Ce point peut être nuancé car le mariage n'est pas toujours stable dans l'esprit des jeunes mariés. C'est ce qui résulte du projet signalé précédemment d'option entre un mariage dissoluble et un mariage indissoluble (H. MAZEAUD, Lic. I, Les cours de droit, 1955, p. 780) mais les présomptions légales n'entendent pas répondre aux cas individuels (cf. Pater is est).

(8) Il est évident que si la concubine « retourne chez sa mère » ou si le concubin fait une escapade, il n'y a plus de mariage apparent alors que, même dans l'hypothèse d'une séparation de fait (pourtant plus grave qu'une « brouille » passagère), il subsiste quelque chose du mariage légal car celui-ci est plus qu'une apparence. De fait, il importe de ne pas sous-estimer le poids des familles en faveur d'une réconciliation des époux.

qu'elles sont spécialement pénibles pour la femme (9) et graves pour l'avenir de l'enfant (10).

Les ravages du divorce se concilient avec un fait de psychologie sociale : Dans l'esprit des masses, le mariage constitue, même de nos jours, une union unique et perpétuelle, un consortium *omnis vitae* dans l'attente de l'inéluctable terme de l'existence. Certes, le mariage légitime n'est plus un « étau » ni une « cage » mais la Science Pénitentiaire moderne a suffisamment mis en évidence que la détention en établissement ouvert s'accommode d'un taux d'évasion limité (11). Admettons donc que, s'il n'est point de mariage « délicieux », il en est heureusement de fort « bons » et que, pour ce qui est des moins bons, la majorité des conjoints se sentent condamnés à vivre ensemble. Voilà autant de garanties de stabilité qui (toutes préoccupations morales mises à part) n'existent pas dans l'union libre où la volonté réelle de maintenir l'union jusqu'à la mort ne peut par définition être établie qu'*a posteriori*. Il faudrait d'ailleurs remarquer que, en cas de dommage par ricochet, cette preuve *a posteriori* du désir de maintenir l'union jusqu'au décès est largement établie (12).

231. — Il importe donc de lutter vigoureusement contre l'union libre ou plutôt, d'accroître le « pouvoir attractif » de l'union légale car il ne faut point confondre deux politiques : persécuter inutilement, voire mesquinement, les concubins est une chose ; faciliter les mariages et avantager les époux légitimes en est une autre (13). La légitimité de l'intérêt de la concubine agissant par ricochet dépend donc de la politique générale suivie à l'égard de l'union libre (14). Voilà qui est évident. Mais, précisément, le juge n'est pas libre de définir l'intérêt général à sa guise ni de poursuivre, sous couvert d'interprétation, une politique distincte de celle que définissent les pouvoirs réglementaires et législatifs.

(9) Qui souscrirait encore à cette proposition de PEYTEL, (*op. cit.*, p. 175) : « La femme souffre d'être enfermée dans l'étau du mariage » ?. B.G. : « Tous les droits de la femme » (R. NOIREAUT-BLANC, 1964, collection Problèmes de votre vie).

(10) PANTALACCI, *De la condition des enfants naturels issus du concubinat*, Th. Paris 1947.

(11) BOUZAT et PINATEL I, n°s 464 et s.

(12) C'est pourquoi nous ne comprenons pas parfaitement l'hostilité de P. Esmein envers le principe d'une réparation du dommage réfléchi (n° 68, *op. cit.*, in Rep. D. Dr. Civ) et ceci, d'autant moins qu'il se montre, en revanche, très favorable à l'octroi de dommages-intérêts pour rupture. Comp. la position de M. Carbonnier qui voit l'essence du mariage dans une « communauté dans l'attente de la mort », fondée exclusivement sur la liberté (*op. cit.*, p. 341).

(13) Une quasi unanimité doctrinale s'est faite sur ce point (MAZEAUD I, n°s 918 et 706 ; TUNC, note préc., p. 364 ; BENOIT-CATTIN, *op. cit.*, p. 111 ; AUBINEAU, p. 105 ; LANDRE, *op. cit.*, p. 67 ; BEUCHER, *op. cit.*, p. 110 ; ESMEIN, Rev. Tr. Dr. Civ. 1935, *op. cit.*, IV, n° 20).

(14) En ce sens : RODIÈRE, *op. cit.*, n° 1606, spec. in fine (« appréciation d'opportunité politique »).

Lorsque la solution du litige n'est pas donnée directement par un texte, le juge n'en doit pas moins viser un texte ou, à l'extrême rigueur, se référer aux principes généraux du droit. Le recul de l'exégèse signifie que l'esprit doit l'emporter sur la lettre, c'est-à-dire « veiller à ne pas apporter de solutions qui détonnent par rapport à l'ensemble des règles admises en la matière » (15). L'article 4 du Code Civil n'autorise nullement le juge à statuer *de lege ferenda :* Il lui faut, dans le silence ou l'obscurité de la loi, rechercher la solution qui s'insèrera le mieux dans cet ensemble qu'est le statut de l'union libre tel qu'il résulte du droit positif français. Un rapide examen de ce statut s'impose donc, afin de discerner l'esprit général qui régit la politique législative en ce domaine.

232. — On a dit parfois que la famille ne naît pas du mariage et que, bien au contraire, le mariage a été créé pour la famille. Ceci reste une querelle de mots dans la mesure où l'on ne précise pas ce que l'on entend par Famille. Trois conceptions fondamentales de la famille affleurent à la surface de notre droit positif : une conception traditionnelle (celle du Code Napoléon), une conception sociétaire plus récente (celle de la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux), enfin, une conception « alimentaire » élaborée à partir d'une notion de fait, le groupe de consommation, et par le relais d'une notion juridique, les charges de famille (16).

La conception traditionnelle du Code Napoléon, telle qu'elle est appliquée par la jurisprudence judiciaire, admet l'existence de toute une série de rapports de droits issus du concubinage. Ces effets de droit ne visent pas uniquement à protéger les tiers par le jeu de la théorie de l'apparence (17). En outre, la législation sociale et fiscale, ainsi que le droit des pensions, favorisent délibérément l'union libre ou, du moins, accordent aux concubins les mêmes droits qu'aux époux.

Ces branches du droit, de création plus récente que notre droit civil, sont donc plus symptomatiques que ce dernier des arrière-pensées du législateur contemporain. Ce phénomène est plus net encore, s'agissant de la législation fiscale, laquelle, de nos jours, est souvent conçue comme un moyen d'orienter les activités individuelles dans des directions déterminées par le jeu des incitations fiscales.

(15) Mazeaud I, n° 103, p. 124, 3e éd.
(16) Théry R., *Trois conceptions de la famille dans notre droit*, D. 1953, chr. 47.I.
(17) Contra : Lalou, *op. cit.*, (Gazette Dalloz 1923, p. 101).

§ 1. — DU STATUT DE L'UNION LIBRE AU REGARD DU DROIT CIVIL ET DU DROIT COMMERCIAL.

233. — Nous nous limiterons au rappel de principes essentiels, bien connus au demeurant, afin de déterminer les lignes de force qui gouvernent notre législation (1). L'union libre, tolérée par les pouvoirs publics dès l'ancienne France (2), est frappée d'inefficacité juridique par le Code Civil : « Les concubins se passent de la loi. La loi se désintéresse d'eux » (3). Tel est le principe qui régit le Code Napoléon. Contrairement au vœu du Premier Consul, cette superbe ignorance se révèle avantageuse pour les concubins (4). C'est ce que nous constaterons en examinant les rapports de droit nés de l'union libre dans la « famille naturelle » puis du point de vue patrimonial.

A - *Les effets juridiques de l'union libre et la prétendue famille naturelle* (5).

234. — Notre droit civil n'attribue explicitement des effets juridiques qu'au concubinage notoire de l'article 340 du Code

(1) Voir la bibliographie générale *infra* et plus spécialement : Pernot, Etudes Sirey 1956 ; Nast, D.H. 1938, chr. 37 et s. ; Esmein, Rev. Tr. Dr. Civ. 1935, p. 747-785 et D.H. 1935, chr. 49 ; Coulet, *op. cit.*, Rec. gén. lois et arrêts 1956.481 et s. ; Désiry, *op. cit.*, Rev. crit. leg. et jur. 1932, p. 488 et s. ; Rodière, *op. cit.*, (Trav. Ass. Capitant 1957, p. 55 et s.) ; Savatier R., *Le droit, l'amour et la liberté* ; Andrieux, conclusions au D.P. 1929.3.7, col. 1. B. Boussageon, *Situation comparée de l'épouse et de la concubine en droit commercial* (dans Pernot, *op. cit.*, p. 31-35), etc...

(2) Lorsque, après le concile de Trente, on ne pût plus considérer les concubins comme de veri conjugues, on dût, religieusement, les qualifier de « pécheurs ». Pour sa part, le pouvoir royal se contenta de séparer les concubins dans la seule hypothèse de mariage clandestin ; or, précisément, ce dernier était religieusement valable (théorie du rapt de séduction). La monarchie poursuivait ainsi un but séculier, l'affermissement de l'autorité paternelle. Voyez sur ce point : Esmein, Rev. Tr. Dr. Civ. 1935.747, *op. cit.*, n° 6 et s. qui cite, p. 759, Fournel dans son Traité de la séduction : « Tant que le concubinage ne cause aucun scandale, ni aucun désordre dans la société, il n'est point l'objet de l'attention des magistrats ».

(3) Bonaparte cité par Rodière, Trav. Capitant, p. 56. (1957) ; Comp. Planiol, t. 2 par Rouast, n° 72.

(4) Contra : « L'ignorance constitue la meilleure politique parce qu'elle nuit à l'union libre plus qu'elle ne lui profite » (Benoit-Cattin, *op. cit.*, p. 111). La jurisprudence moderne recherche souvent l'union libre et la met en évidence afin de mieux protéger l'union légale (ex. : « Irrecevabilité de l'action en divorce du mari dissimulant, sous les apparences d'une procédure régulière, l'action de la concubine visant à détruire le ménage légitime », note Cornu sous Tr. Gr. Inst. Seine, 4 janvier 1960, D. 1961.636. Paris, 2 janvier 1934, G.P. 1934.1.506 annule le legs d'un caveau funéraire fait par le concessionnaire marié et père de famille à sa concubine en se fondant sur « le respect dû aux sépultures ». Obs. Solus à Rev. Tr. Dr. Civ., 1934.440, n° 2. La jurisprudence considère que le transport de la maîtresse n'est pas un transport intéressé car l'intérêt n'est pas patrimonial : Civ. 2e, 16 novembre 1956, J.C.P. 1957.II.9704. Note Esmein et Civ. 2e, 19 mai 1958, D. 1959.294).

(5) Sur la critique de l'idée d'une famille naturelle, cf. Mazeaud I, n° 918. Il convient toutefois de ne pas ignorer le courant législatif qui se

Civil. Ce concubinage « notoire » correspond à une notion plus compréhensive que celle d'union libre, car l'article 340 du Code Civil tend à faciliter l'établissement de la paternité naturelle (ou bien la légitimation lorsque, s'agissant d'une union libre régularisée, l'enfant avait la possession d'état d'enfant commun). Loin de favoriser l'union libre, l'article 340 du Code Civil donne au concubin le sens de ses responsabilités vis-à-vis de sa concubine et de l'enfant à naître en éliminant la solution de lâcheté, l'abandon.

En revanche, s'agissant des rapports entre concubins, la loi ignore totalement l'union libre. Ce parti pris d'ignorance ne s'est pas révélé spécialement heureux puisque, pour éviter d'utiliser le vocable « concubin », les rédacteurs ont supprimé l'incapacité de recevoir à titre gratuit des concubins (6). Le mariage, sur le plan juridique du moins, comporte plus d'inconvénients que d'avantages : traiter les concubins en étrangers, c'est favoriser l'homme qui, dans la majorité des cas, est responsable de la mise en ménage comme de la rupture (7). La jurisprudence a bien vu la difficulté. Aussi apporte-t-elle à la volonté d'ignorance du Code Napoléon trois tempéraments qui heurtent parfois les principes. Ils n'en constituent pas moins un effort en vue de réduire la prime à l'union libre que constituait l'ignorance par la loi de ce phénomène social (8).

235. — Tout d'abord, sur le fondement de l'article 1382, la jurisprudence, reprenant une tradition ancienne (9), assure la

manifeste avec éclat à travers la loi du 14 décembre 1964. Le doyen Carbonnier a relevé à ce propos que : « C'est la famille étendue qui manque à l'enfant naturel, non pas nécessairement la famille étroite » (Introduction à « La Réforme de la Tutelle » par P. Blondy et G. Morin, 1965, p. 13). Voy. Travaux Préparatoires.

(6) Planiol II, par Rouast, p. 61, note 1. Ayrenx, *Famille illégitime en droit intermédiaire*, Th. 1908, p. 213 à 220.

(7) Contra : Nast, *op. cit.*, D.P. 1935.2.42, col. 2 (rôle d'initiatrice des jeunes filles « modernes »). Cette dernière opinion apparaît empreinte d'un « antimodernisme » excessif qui relève du conflit de générations et d'une certaine irritation devant les premières manifestations de l'émancipation de la femme.

(8) Sur l'idée selon laquelle ces solutions ne constitueraient point une consécration de l'Union Libre mais une liquidation a posteriori d'un état de fait, cf. Carbonnier, t. 1, éd. 1967, n° 147, p. 473. Tel n'est pas notre sentiment : Une situation de fait génératrice d'autant d'effets juridiques n'est-elle pas organisée ?

(9) L'ancien droit présumait qu'une promesse de mariage était la cause de toute séduction, s'agissant d'une « vraie » jeune fille et il accordait des dommages-intérêts à celle-ci pour responsabilité contractuelle. En revanche, il refusait toute indemnité, d'une part, aux femmes entretenues « qui, sans être publiques, vivent dans l'intimité avec un seul homme qui pourvoit à tous leurs besoins » et, d'autre part, à celles qui, — dirions-nous —, avaient déjà « vécu — (veuves ou filles-mères) — (Fournel cité par Voirin, D.P. 1929.2.21, II. B-a). En un sens, la jurisprudence contemporaine va plus loin que la jurisprudence de l'ancienne France ainsi qu'en témoigne un attendu très général extrait d'un jugement du tribunal civil

réparation de la séduction illicite. A première vue, cette jurisprudence incite le concubin à poursuivre l'union libre puisque, s'il abandonnait sa compagne, les tribunaux le contraindraient comme « ex-séducteur », à indemniser « l'ex-jeune fille » des conséquences de la faute commise au début de leurs rapports. La cohabitation qui a pu se poursuivre fort longtemps est, en effet, considérée comme une réparation provisoire en nature (10). L'idée est étrange (*perseverare diabolicum*) mais cette jurisprudence est, en définitive, bénéfique. Outre ce rôle compensateur, la responsabilité civile assume un rôle préventif car tout élément qui stimule le sens des responsabilités incite à régulariser l'union. C'est pourquoi certains auteurs ont pensé à restaurer, en droit moderne, la présomption de promesse de mariage au bénéfice de toute jeune fille séduite (11).

236. — La jurisprudence, avec circonspection, progresse dans ce sens. En cas d'abandon injustifié, notre droit positif reconnaît l'existence d'une obligation naturelle de réparation même si la séduction n'a pas été dûe à des moyens illicites. Ce second tempérament apporté aux principes du Code est beaucoup plus significatif. Deux courants de pensée se conjuguent.

D'une part, la mystique individualiste et humanitaire, dangereuse pour la famille légitime : Planiol (12) s'est apitoyé sur le sort de la concubine âgée et abandonnée dans la misère cependant que de « romanesques têtes chenues » (13) ont retrouvé les accents de Delly pour défendre la fille séduite (14).

D'autre part, à l'époque récente, cette obligation de réparer le préjudice causé à la concubine par la rupture du concubinage est également préconisée par les tenants d'une politique de combat à l'encontre de l'union libre. En effet, « la perspective d'encourir

de St-Brieuc (15 janvier 1958 — inédit — cité in MAZEAUD-TUNC, t. 2, n° 1494, n° 2, p. 483) :

« Attendu que le consentement aux relations intimes... donné par la demanderesse ne saurait... exonérer totalement le défendeur de sa responsabilité ; que ce consentement ne fait pas disparaître la faute commise de son côté par ce dernier, les relations hors mariage constituant par elles-mêmes un fait fautif ».

(10) « La séduction : preuve et responsabilité » (note VOIRIN sous Poitiers, 29 octobre 1928 au D.P. 1929.2.19). Comp. : Les propos, teintés de sentimentalisme, du président de cette juridiction, E. Morand, dans Lois Nouvelles 1929, 1re partie, p. 102-11.

Adde : Circ. 13 mai 1952, J.C.P. 1952.3.17415 sur l'inopportunité des poursuites pour attentat à la pudeur sur une mineure de 15 ans lorsqu'une régularisation est probable (Cf. VOUIN, D. pénal spécial, 2e éd, t. 1, n° 298, p. 311).

(11) VOIRIN, note D.P. 1929.2.21 II B-b et c.

(12) D. 1905.2.305.

(13) SAVATIER, *op. cit.*, Revue crit. Leg. Jur. 1936, p. 422 in fine (critique visant l'auteur cité *infra* semble-t-il).

(14) Ex. : E. MORAND (Les Lois Nouvelles, 1929, 1re partie, p. 102-104) « De la faute civile par abandon injustifié de la femme, en dehors des cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives ».

une telle condamnation supprime pour l'homme qui craint la chaîne du mariage mais ne se contente pas d'une femme à l'extérieur, une des raisons de ne pas se marier » (15).

237. — L'existence d'une obligation naturelle étant admise en dehors même de toute séduction, cette obligation tend naturellement à se nover en obligation civile. La jurisprudence, certes, maintient fermement le caractère d'union « libre » du concubinage ; elle n'en contrôle pas moins *a posteriori* les conditions de la rupture (16) afin d'y discerner une faute éventuelle. La fragilité de la motivation de certaines décisions qui ont encouru la cassation témoigne suffisamment combien, dans l'esprit des juges du fond, la faute résulte du seul abandon injustifié, spécialement en présence d'un enfant commun (17). De même, en cas de rupture, la jurisprudence accorde volontiers une indemnité du fait des sévices et injures (sic) du concubin envers sa concubine (18).

Nous jugeons cette évolution bénéfique (19) puisqu'elle ne risque aucunement d'accroître le nombre des unions libres. Certes, par le biais d'une telle jurisprudence, l'union libre apparaît sur la scène juridique et un certain caractère contraignant lui est reconnu (20). Du moins, le concubin qui fuit les chaînes du mariage légal, ne profite-t-il pas de la « liberté » de l'union.

Le caractère bénéfique de l'intervention jurisprudentielle apparaît mieux encore lorsque l'on envisage les rapports patrimoniaux issus de l'union libre, soit qu'ils intéressent les seuls concubins, soit qu'ils affectent leurs rapports avec les tiers.

B - *Les rapports patrimoniaux nés de l'union libre* (21).

238. — Du fait que les concubins sont considérés par le droit privé traditionnel comme étrangers l'un à l'autre, il résulte qu'aucun obstacle ne s'oppose à la conclusion par eux de conventions qui ne sauraient l'être par de légitimes époux (22). Il n'a jamais

(15) P. Esmein, note au J.C.P. 1952.2.6842 in fine (sous Paris, 4 janvier 1952).

(16) B.G. : Nast, *La rupture du concubinage* (D.P. 1935.2.41). Esmein, J.C.P. 1952.2.6842. Boiron J. F., *Responsabilité pour rupture du concubinage*, Th. dactyl. Paris 1960.

(17) Caen, 14 janvier 1959 cassé par Civ 1re, 22 février 1960, D. 1960.S.61 ; Civ. 1re Cass., 27 octobre 1964, J.C.P. 1965.2.14149.

(18) Paris, 18 janvier 1962, D. 1962.S.122 (Cet ersatz de pension de l'article 301 est dû ici par les héritiers du concubin).

(19) Esmein, J.C.P. 1952.2.6842. (En ce sens) Contra : H. Mazeaud, note S. 1952.2.85

(20) « On ne peut allouer des dommages-intérêts pour rupture du concubinage sans reconnaître à celui-ci une valeur obligatoire dans quelque mesure » (Esmein, note préc., J.C.P. 1952).

(21) B.G. : Tallon, *Les problèmes patrimoniaux posés par l'union libre*, Th. Paris 1949 ; Esmein in Encycl. D. Dr. Cic préc., nos 24 à 56.

(22) Sur l'ensemble du problème voir Cornu, Rev. Tr. Dr. Civ. 1953, p. 461 et s. et P. Julien, *Les contrats entre époux*, 1962.

existé de difficulté relative à la vente entre concubins (a. 1595 c.c.) où à la société entre concubins (23). Pour ce qui est de cette dernière, le seul fait de l'usage en commun des biens apportés au ménage ne suffit ni à constituer une société ni à faire de ces biens des biens indivis. La preuve de l'existence d'une société doit en principe obéir aux règles de preuve des actes juridiques ; mais en pratique, le juge de fond exige seulement la preuve de l'existence des apports et d'une intention de s'associer puis il ordonne la liquidation et le partage. Les magistrats évitent ainsi que l'homme, qui est généralement le détenteur des produits de l'activité commune, ne tire profit d'une situation dont il a largement contribué à perpétuer l'illégitimité (24). Il faut approuver cette attitude (25). La pratique témoigne en effet que le concubinage est trop souvent invoqué, dans une intention frauduleuse, par celui des concubins qui, principal responsable de la non régularisation de l'union, entend en conserver le bénéfice pour lui seul. Il ne saurait être question de lui permettre d'opposer l'exception tirée de l'adage « *Nemo auditur* » ; d'ailleurs, il n'y a point ici « *pari causa turpitudinis* » Il ne nous semble ni efficace, ni chrétien, ni humain, d'ironiser sur la « liberté » économique de la concubine (26). Mieux vaut aménager, lorsque les textes le permettent, le statut du concubinage afin d'éviter que l'homme, « chef de l'union libre », ne puise trop d'agréments dans cette union. C'est dans cet esprit que l'on pourrait songer à recourir plus largement à l'action de *in rem verso* ainsi qu'à l'idée d'une sorte de salaire différé pour la rémunération des services ménagers de la concubine (27).

239 — Rappelons, enfin, que les libéralités entre concubins ne sont pas nulles en principe, même si le concubinage se complique d'adultère (28). Elles ne sont nulles que lorsqu'elles apparaissent

(23) L'ord. 19 décembre 1958, mod. a 1841, Code civil ne rend pas licite toutes les sociétés entre époux (Cf. HÉMARD, *Le nouveau régime des sociétés entre époux*, D. 1959, chr. 27.1 et VASSEUR, Rev. Tr. Dr. Comm. 1959.855 et s.). Idem depuis la loi du 24 juillet 1966 (Cf. RODIÈRE et HOUIN, *Droit Commercial*, t. 1, n° 355, éd. 1967).

(24) Toutefois, cet argument de pénalisation du concubin est sans valeur lorsque le litige oppose la concubine survivante aux héritiers du concubin. Ex. Civ. 1re, 14 février 1961, D. 1961.S.7.

(25) En ce sens : HÉMARD, J.C.P. 1946.2.3053, col. 1. Comp. DESIRY, *op. cit.*, Rev. Crit. Leg. Jur. 1932, p. 498.

(26) Contra : F. SIMONNET dans PERNOT, *op. cit.*, p. 30.

(27) En matière de preuve, un courant jurisprudentiel important admet l'impossibilité morale de se procurer un écrit, pour la concubine, que ce soit afin d'établir l'existence d'une société de fait (Civ. 1er, 20 mai 1957, B.C. 1957 I, p. 184) ou bien celle d'un engagement pris par le concubin de subvenir aux besoins de l'enfant (Paris, 18 juin 1953, G.P. 1953.2.134). Cette jurisprudence contraste étrangement avec l'extrême sécurité traditionnelle en la matière puisque l'intimité entre frères ne constitue pas nécessairement une impossibilité morale de se réserver un écrit (pour un dépôt de valeurs mobilières : Civ. 25 juin 1900, S. 1901.1.328).

(28) Contra : DESIRY préc., p. 498 (« La moindre dose de reconnaissance pour l'adultère infecte la libéralité »). Ce n'est pas la position de la

comme ayant eu pour cause la formation ou la continuation du concubinage. Cette jurisprudence constante est dictée par les principes. Il n'appartenait pas aux tribunaux de ressusciter en l'absence d'un texte, l'incapacité de donner et de recevoir à titre gratuit qui frappait les concubins dans notre ancien droit aux termes de l'article 132 du « Code Michaud ». La pratique jurisprudentielle de notre ancienne France faisait d'ailleurs fi de cette prohibition ainsi que l'a relevé notre Cour de Cassation dans un arrêt ancien (29).

Voilà donc un avantage traditionnel qui est fait à la concubine puisque les donations entre époux faites pendant le mariage sont toujours révocables. Cette jurisprudence est significative : la distinction entre une communauté de lit, illicite, et une communauté de vie, licite, est impossible. La cause des libéralités réside donc en partie dans une communauté de lit. Puisque la jurisprudence valide de telles libéralités, ceci signifie donc que le concubinage n'est pas fondamentalement immoral et il n'est pas interdit d'en tirer un argument d'analogie pour l'hypothèse de l'action en réparation du préjudice réfléchi subi par la concubine en raison de la disparition de son compagnon. Certes, il est possible d'opposer à cette analogie le fait que, ici, il s'agit d'annuler un acte juridique et là d'intenter une action en justice contre un tiers ; que, ici, la concubine lutte de *damno vitando* alors que, là, elle cherche à acquérir ce qu'elle n'a pas (30). Sans méconnaître la portée de cette objection, notons que, ici, elle lutte contre son concubin pour conserver une libéralité qu'elle avait obtenue de lui durant la communauté d'existence, ce que notre droit civil à la suite du droit romain refuse à l'épouse par crainte d'une influence excessive — pour légitime qu'elle soit — sur le cœur et les sens du donateur (31) ; que, là, elle demande réparation à

jurisprudence qui admet la validité d'une reconnaissance de rente annuelle... dont la cause réside prétendûment dans l'intention de réparer le dommage causé par l'amant « reconnaissant » à sa maîtresse pour l'avoir déterminée à quitter son foyer et à sacrifier sa situation (Req. 8 juin 1926, D.P. 1927.1.113). Jur. récente : « devoir de conscience » (Paris, 1re ch., 30 janvier 1964, J.C.P. 1964.IV.75) ; « témoignage de reconnaissance à l'égard de demoiselle M... qui seule l'a soigné alors qu'il était devenu un vieillard gravement malade. » (Civ. 1re Rej., 16 octobre 1967, J.C.P. 1967.2. 15287).

(29) « Dût-on se référer aux dispostiions de l'ordonnance de 1629, il faudrait les prendre telles qu'elles avaient été modifiées par la jurisprudence des ci-devant Cours de parlement, qui admettaient, rejetaient ou modifiaient les donations de l'espèce de celle dont il s'agit, selon les circonstances et d'agréer les considérations qui militaient pour ou contre les donataires, soit lorsqu'elles étaient modiques et qu'elles avaient pour cause la récompense des services rendus et pour objet d'assurer des aliments aux donataires, soit lorsqu'elles étaient faites entre des personnes libres... et non engagées dans les liens du mariage » (Section des Req. Cour de cassation 1er fructidor an XIII, d'Henricourt c/ Hallate, Sirey, t. II, an XIII, 1re partie, p. 154. Voyez également : Ayrenx, *op. cit.*, p. 213 et s.

(30) Mazeaud-Tunc I, p. 365.

(31) Planiol, t. 5, par Trasbot et Loussouarn, n° 753. Ce paradoxe apparent de notre législation qui craint plus les abus d'influence nés du lit

un tiers fautif qui eût dû réparer le préjudice causé s'il avait tué un homme marié et ne saurait se prévaloir d'une prétendue « mission » sociale tendant à briser des unions illégitimes que la société tolère et que les concubins eux-mêmes n'auraient pu rompre de façon désinvolte sans engager leur responsabilité (32).

240 — En somme, lorsque la jurisprudence soumet l'union libre à l'attraction du droit matrimonial (extension du pouvoir domestique par le biais de la théorie de l'apparence), la situation des concubins, et plus précisément celle de l'homme, se dégrade. C'est là l'objectif visé. En revanche, lorsque l'on ferme pudiquement les yeux sur les relations nées du ménage de fait, on ouvre aux concubins des facilités d'ordre juridique qui sont interdites aux époux : contrat de préposition pour le concubin (33), contrat de société, libéralités irrévocables entre vifs, quotité disponible désavantageuse pour l'épouse légitime jusqu'en 1963 (34), incompatibilités diverses affectant les fonctionnaires, officiers ministériels et auxiliaires de justice lorsqu'ils s'ingèrent dans l'activité commerciale de leurs époux (35), non applicabilité des articles 4, 5 et 7 anciens du code de commerce lorsque la concubine veut exercer une profession commerciale. Au cas de faillite du concubin, les libéralités consenties à sa concubine sont en principe maintenues (36), etc...

Au regard du droit commercial, le concubinat offre donc de nombreux avantages en évitant les suspicions, nullités et autorisations diverses qui concernant l'union légitime. Or, le droit commercial est, avant tout, celui des affaires : l'incitation au concubinage peut donc y être vivement ressentie. Ceci est évidemment

conjugal que de l'adultère est tout à l'honneur de l'union légitime. Nous nous plaisons à le souligner (Cf. moins assuré de la supériorité de l'affection légitime : pour une extension analogique de 1096 C. Civ. CARBONNIER, t. 1, p. 474 b., éd. 1967).

(32) Civ. 1re Rejet, 3 mars 1964, dame Brandt, J.C.P. 1964.IV.58. Cette jurisprudence est en somme très voisine de celle qui assure un contrôle judiciaire de la rupture des promesses de mariage et sanctionne les ruptures qui « s'accompagnent de fautes caractérisées » et « interviennent par pur caprice ». (Civ. 1re Rej. 4 mars 1964, Vignié, J.C.P. 1964.IV.58). Un magistrat n'a pas hésité à assimiler rupture injustifiée de l'union libre et rupture injustifiée des fiançailles car, « à situations juridiques identiques, ne faut-il pas d'identiques solutions juridiques » ? (MORAND, *op. cit.*, p. 111).

(33) On peut cependant penser avec M. CORNU, *op. cit.*, Rev. Tr. Dr. Civ. 1953, n° 14, ,que « la relation de travail n'a plus rien d'incompatible avec la qualité de chef de famille ».

(34) La relative indifférence du législateur envers la défense de la famille est mise en évidence par le fait qu'un délai de cent soixante ans aura été nécessaire afin de corriger une inadvertance des rédacteurs du Code civil qui aboutissait à mieux traiter la maîtresse que l'épouse en face d'un enfant unique. Voy. en ce sens : RIPERT et BOULANGER, t. III, n° 1900 ; R. SAVATIER, « Commentaire de la loi du 13 juillet 1963 augmentant la quotité disponible entre époux » (J.C.P. 1963.I.1792, n° 2).

(35) V. BOUSSAGEON, *op. cit.*, p. 31.

(36) BOUSSAGEON, *op. cit.*, p. 33.

déplorable de *lege ferenda*. Du moins, commerçants et industriels ne constituent-ils qu'une minorité de la population, relativement peu affectée par l'union libre. En revanche, toute une branche de la législation française dispense ses faveurs à l'union libre ; il s'agit des lois sociales et fiscales qui, dans nos économies semi-socialisées, intéressent la totalité de la population et, spécialement, le sous-prolétariat pour lequel le taux des unions libres est le plus élevé.

§ 2. — DU STATUT DE L'UNION LIBRE AU REGARD DU DROIT SOCIAL ET DU DROIT FISCAL.

241. — Dans ce domaine, le législateur a renoncé à tout parti-pris d'ignorance (1). Même si les textes n'usent point du vocable « concubin », les travaux préparatoires témoignent le plus souvent que la concubine est incluse dans des notions plus compréhensives et moins chargées d'affectivité, telles que : personne vivant au foyer, personne à charge, compagne (2), etc.... Monsieur l'avocat général Granier a relevé avec humour : « Une femme qui vit, sans être mariée, avec un homme est une concubine ; si cet homme meurt pour la France, elle devient une compagne » (3). « Concubine » ou « compagne », « pension » ou « secours » (4) peu importe. Le droit social intéresse quotidiennement ceux qui vivent des maigres produits de leur travail et ne possèdent aucun embryon de fortune acquise (5), c'est-à-dire l'immense majorité de la population (6). Or, cette législation témoigne d'une absence de politique de combat envers l'union libre.

(1) B.G. : A. Rouast, *La sécurité sociale et le droit de famille*, Et. Ripert, I, p. 346-361 et *La femme mariée et la concubine au point de vue de la législation sociale*, dans Pernot, *op. cit.*, p. 36-41 ; Martine E. N., *Le développement de la législation sociale et le droit de la famille* (Rev. Tr. Dr. Civ. 1956, p. 655 et s.) ; R. Théry, *Les personnes à charge et le droit le famille*, J.C.P. 1948.I.739.

Pour la Belgique, trois articles de A. Lagasse : « L'union de l'homme et de la femme en droit social belge », Trav. Capitant 1957, p. 92 à 109, « De l'incidence des lois de sécurité sociale sur le droit de la famille », Rev. de droit int. et de droit comp. 1954, n° spécial, p. 108 et « Le droit de la famille devant la sécurité sociale », Rev. séc. soc. et prest. familiales 1949, p. 71. Adde : S. David : « La sécurité sociale, facteur de transformation du... droit de la famille » (Ann. Fac. Liège 1957, p. 7).

(2) Ex. : A propos de l'art. 3, loi 1er avril 1926 (D.P. 1926.4.119) qui étend le bénéfice de la prorogation de l'art. 2 « en cas de décès du locataire aux personnes vivant habituellement avec lui : membres de sa famille ou personne à charge », la Commission supérieure de cassation estima « qu'il résulte des travaux préparatoires que, par « personne à charge du locataire », il faut entendre la concubine du locataire » (7 juillet 1928, D.H. 1928.594). Adde : Comm. sup. de cass. 20 décembre 1928, D.H. 1929.70.

(3) *Op. cit.*, J.C.P. 1956.1.1299, col. 4.

(4) Loi du 12 novembre 1955, cf. G. Mas dans Pernot, *op. cit.*, p. 46.

(5) Comp. Théry, J.C.P. 1948.1.739, col. 1.

(6) Il n'est que de confronter l'absence d'échos rencontrés dans la grande presse par la réforme des tutelles aux remous suscités par le

242. — En matière de baux à loyer, le législateur de 1948 a, de propos délibéré, suivi le législateur de 1926. En accordant le maintien dans les lieux aux personnes à charge, il visait notamment « la concubine qui perd celui qui a été le compagnon de sa vie et aussi un soutien » (7). La jurisprudence interprète l'article 5 de la loi du 1er septembre 1948 dans le sens qu'indiquaient les travaux préparatoires. Compte tenu de « l'évolution des mœurs », la Cour de Bordeaux admet dans un arrêt récent qu' « il suffit qu'en fait le concubin subvienne aux besoins » de sa concubine pour qu'elle soit à sa charge au sens de l'article 5 (8).

La législation des assurances sociales favorise le mariage (9). Elle refuse la couverture des frais médicaux à la concubine de l'assuré social qui n'est pas assurée sociale elle-même. Le régime de l'assurance invalidité ainsi que la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'assurance-décès favorisent la veuve (10).

Il n'en va malheureusement pas de même du régime des prestations familiales. Celui-ci poursuit des objectifs plus natalistes que familiaux et place ainsi tous les enfants sur un pied d'égalité (allocations familiales, allocation de maternité, allocations prénatales). Ce faisant, la loi du 22 août 1946 permet des fraudes aisées au profit des concubins. Ceux-ci pourront, s'ils sont habiles, toucher une double allocation de salaire unique (11) ainsi que

problème de l'aménagement du « salaire unique » en vue de favoriser le travail à temps partiel.

(7) Garde des sceaux devant le Conseil de la République cité dans PERNOT, *op. cit.*, p. 11.

(8) Bordeaux, 23 mai 1966, J.C.P. 1966.2.14818. Adde : Paris, 6 juillet 1951, G.P. 1951.2.119. Cette faveur envers la concubine est relevée par les commentateurs de la loi du 16 juillet 1949 sur l'occupation insuffisante (PATEL Robert, G.P. 1949.2, doctr. p. 9, col. 2.30).

(9) ROUAST, *op. cit.*, Et. Ripert, n° 5.

(10) La jurisprudence a condamné les pratiques administratives (Civ. 2e, 13 janvier 1961, D. 1961.269, note Dupeyroux. Civ. 2e, 11 octobre 1961, J.C.P. 1961.IV.158) consistant à attribuer le capital-décès au concubin.

(11) ROUAST, *op. cit.*, PERNOT, p. 39. Notons que cette allocation qui reste connue dans le public sous l'expression de « mère au foyer » ne vise pas les enfants directement : Y a-t-il donc un foyer naturel ? Certes, la jurisprudence (Civ. 2e Civ., 21 avril 1961, D. 1961.S.95) s'efforce d'éviter une double allocation là où aucune allocation ne serait dûe à des époux : La Cour de cassation admet que l'art. 553 C. sécur. soc. concerne également les ménages irréguliers. Par ex. : Droit au salaire unique lorsque les concubins ne font pas caisse commune (Civ. 2e, 28 octobre 1964, dame Nierfeix, D. 1965.465. Contra : Civ. 2e, 31 octobre 1963, dame Fournel, D. 1964.S.47 car la concubine « profitait des bénéfices de l'exploitation de son concubin »). Adde : Civ. 2e, 6 février 1963, D. 1963.379, note Rouast. Il n'en reste pas moins que la preuve de l'existence d'un ménage irrégulier pose divers problèmes, spécialement si les concubins se répartissent habilement la charge d'enfants communs ou, mieux, non communs. La jurisprudence refuse par ailleurs le bénéfice du salaire unique (art. 23, § 2, décr. 10 décembre 1946) destiné aux veuves des allocataires, à leur concubines (Civ. 2e Rej., 2 juillet 1958, J.C.P. 1958.IV.123).

l'allocation de maternité (12) à son taux le plus élevé (première naissance) pour plusieurs naissances consécutives (13). De même, le régime des accidents du travail permet peut-être d'avantager la concubine dans certains cas (14).

A vrai dire, rien ne permet de supposer que les concubins soient assez avertis des subtilités de la législation sociale pour en tirer profit. Il n'en reste pas moins qu'aucun taux différentiel n'existe au profit de l'union légitime ; que certaines dispositions dites sociales avantagent l'union libre sans qu'un recours à la fraude soit nécessaire. C'est le cas notamment pour l'allocation aux vieux travailleurs (15) et les allocations de chômage (16) car chacun des concubins peut y prétendre individuellement. Or, c'est souvent le cas dans les milieux sociaux les plus réceptifs de l'union libre.

Par ailleurs, la législation des pensions, traditionnellement hostile à l'union libre, semble évoluer vers l'égalité des droits. La résistance de l'Administration semble dûe plutôt à des considérations financières (17) que morales.

243. — Le législateur n'ignore pas que le droit fiscal, puissant instrument d'Economie Dirigée (18), peut également façonner les structures familiales (19). Il s'obstine cependant à favoriser l'union libre aux dépens du mariage au sein du prolétariat industriel et plus généralement dans tous les milieux où la femme doit exercer une actrivité d'appoint : Jusqu'en 1951, les concubins bénéficiaient d'un avantage fiscal considérable. Réduit aujourd'hui par l'aménagement du quotient familial, ce privilège subsiste toutefois par la possibilité de porter tous les enfants à charge sur la déclaration des revenus de l'homme. La femme, au

(12) Pour le bénéfice de l'allocation maternité, le décret n° 62.576 du 12 mai 1962 (Journal Officiel, 18 mai 1962, p. 4885) dispose en son article 2 : « Article 40... Les *parents naturels dont la cohabitation notoire et permanente* a été interrompue par la mobilisation... du père peuvent se prévaloir des dispositions précédentes... ». Est-il besoin de relever que, par ailleurs, la « turpitude » des époux légitimes est sanctionnée puisque l'épouse qui est mère pour la première fois après l'âge de vingt-cinq ans et plus de deux ans après le mariage (Il est, au demeurant, étrange, que le législateur n'ait pas songé à réduire ce délai « excessif » à 9 mois) ne saurait prétendre à l'allocation de maternité, même si elle prouve qu'atteinte de stérilité pathologique, elle a dû subir un traitement médical qui a duré plusieurs années (Comm. Reg. Séc. soc. Lyon, 8 décembre 1950, D. 1951.S.56).

(13) Rouast, *op. cit.*, Et. Ripert, n° 6.

(14) H. Lalou, (D.H. 1931, chron. 21, Section I, § 1 A in fine).

(15) Rouast, *op. cit.*, Et. Ripert, n° 7.

(16) Rouast, *op. cit.*, Pernot, p. 40.

(17) G. Mas dans Pernot, *op. cit.*, « Droits comparés de la concubine et de l'épouse en matière de pensions », p. 42-47.

(18) L'autonomie du droit fiscal est peut-être critiquable et surprenante (cf. note Mimin au D. 1962.12, col. 1). Il n'en reste pas moins que lorsque le législateur veut favoriser une activité (course de vaches landaises) aux dépens d'une autre (taureaux) il sait fort bien user de taux différentiels.

(19) Ex. récent : art. 81 de la loi du 19 décembre 1964 relative au quotient familial en ce qui concerne les enfants infirmes.

revenu nettement plus faible, paiera fort peu de son côté ; si leurs revenus respectifs sont équivalents, ils pourront bénéficier de quatre parts familiales (2 × 2) pour deux enfants ! Ces injustices dénoncées depuis longtemps, subsistent de nos jours malgre diverses réformes de l'impôt sur les personnes physiques (20). Il en va de même pour la rémunération du conjoint de l'exploitant : le fisc n'admet qu'un taux dérisoire entre époux communs (21).

§ 3. — ESQUISSE D'UNE SOLUTION EN CAS D'ACCIDENT MORTEL SURVENU AU CONCUBIN.

244. — Que conclure de ce survol du statut de l'union libre ? La formule de combat, préconisée par l'ensemble de la doctrine (22) et une fraction de la jurisprudence (23), n'est pas celle du droit contemporain (24). En effet, la jurisprudence civile contrôle les conditions dans lesquelles s'établit ou se dissout l'union libre ; elle a instauré une obligation naturelle d'entretien et d'assistance entre concubins. Le droit social, émanation directe de la volonté du législateur contemporain, fait à l'union libre une place sensiblement équivalente à celle qu'il réserve au mariage. Sourd aux protestations de la doctrine (25), ce même *législateur,* prenant prétexte de difficultés techniques et de l'égalité des citoyens, *refuse non seulement de supprimer les faveurs pécuniaires faites au concubinage mais encore d'instituer de simples taux différen-*

(20) Comp. à 37 ans d'intervalle les calculs opérés par H. Lalou dans Le Correspondant du 10 décembre 1929, p. 726 et s. et C. Gambier dans Pernot, *op. cit., Situation fiscale des concubins,* p. 48-57.

(21) Gambier, *op. cit.,* 56.

(22) Rouast dans Planiol et Ripert, t. 2, n° 79 in fine ; Marty et Raynaud I, n° 682 ; Mazeaud I, n°s 706-708 etc...

(23) Trib. Gr. Int. Seine, 4 janvier 1960 (D. 1961.636) : « Aucune action en justice ne peut être exercée dans l'intention et dans le but de réaliser une situation irrégulière et contraire aux intérêts de la famille légitime et aux bonnes mœurs ». (A propos d'une demande en divorce résultant des insistances « d'une concubine tendant à consolider son concubinage avec le demandeur et avec la complicité de ce dernier sur les ruines du foyer de ce dernier »).

(24) L'épithète « contemporain » constitue une concession à une idée reçue. En fait, en France, il n'y a pas et il n'y a jamais eu, même sous l'Ancien Régime, de politique de combat à l'encontre de l'union libre (en ce sens : Esmein, *op. cit.,* Rev. Tr. Dr. Civ. 1935, p. 747 et J.C.P. 1952.2 6842).

(25) Lalou (in « Le Correspondant » du 10 décembre 1929) concluait ainsi : « Que les lois fiscales poussent les apôtres de l'union libre à se marier pour éviter à leur concubine des droits de succession trop élevés, ce n'est pas nous qui leur en ferons grief. Mais que des lois fiscales comme celles sur les impôts sur les revenus puissent pousser des personnes mariées à s'entendre pour un divorce et à vivre ensuite en concubinage pour se soustraire à ces lois, c'est une anomalie à laquelle un législateur avisé devrait remédier dans l'intérêt même de l'institution qui sert de fondement à la famille ».

tiels en matière sociale et fiscale tels qu'il y ait une prime à la régularisation des unions libres (26).

245. — L'occasion eût été bonne pour le législateur de pénaliser l'union libre à l'occasion de toutes ces créations récentes : S'il ne l'a pas fait, c'est qu'il ne l'a pas voulu. Cette assertion est corroborée par divers exemples de *bienveillance dont témoigne le pouvoir exécutif envers les « bons concubins »* (27). Dès lors, le pouvoir judiciaire ne combat-il point la loi lorsque, profitant de textes ambigüs, il refuse à la concubine le capital-décès (28) ? Peut-il donc rejeter l'action de la concubine victime d'un préjudice par ricochet ? Il semble que ce soit impossible. En l'absence de tout texte précis et face à une orientation législative récente qui voit dans le concubinage une source de droits (29),

(26) En ce sens : THÉRY, *op. cit.*, J.C.P. 1948.1.739 in fine et ESMEIN, Rev. Tr. Dr. Civ. 1935, p. 747 et s. (n° 20 spécialement). TUNC in MAZEAUD-TUNC I, n° 279, note 1 (5e éd).

(27) Ex d'une *réponse* de M. Peyrefitte, alors *ministre de l'Information* et porte-parole du gouvernement, à une question posée par l'honorable parlementaire M. R. Derancy sur le problème de la perception des taxes à l'encontre d'un concubin détenteur d'un poste de radiodiffusion et de sa concubine détentrice d'un récepteur de télévision. Peuvent-ils bénéficier d'un compte unique de redevance ORTF ? Les textes réservent ce bénéfice au chef de famille, au conjoint et aux enfants à charge. Réponse : « Toutefois, compte tenu de l'évolution de la législation en matière sociale, les services de la R.T.F., soucieux de rechercher une solution humaine dans des circonstances souvent dignes d'intérêt, étudient avec bienveillance les demandes qui leur sont présentées. Ils s'assurent toutefois, avant de donner un avis favorable, que les concubins peuvent produire un *certificat de la mairie attestant le caractère durable du concubinage* pour obtenir le bénéfice du compte unique » (Journal « Le Monde » 29.11.62, p. 18, col. 6). L'existence officieuse d'un certificat de concubinage durable délivré par la mairie est peut-être une révélation pour le juriste « pur » (mais n'est-ce point contradictoire : Ubi societas ?) elle montre à quel point les sphères dirigeantes de notre société sont éloignées de toute idée de lutte contre l'union libre. Rapprocher : L'enquête pour « l'usus » de trois ans dans l'union libre (Voyez loi du 15 nov. 1955, in GRANIER préc., col. 6). Les formulaires actuels destinés aux examens de santé prénatal qualifient le concubin de « chef de famille » (Formulaire, Volet 1, Côté d'imprimerie : C.P.S.S. 05.11.61, 4.102). *Examen des causes d'interruption du concubinage par l'Administration pour l'allocation de maternité en cas de trop grand espacement des naissances* (J. Cl. Séc. Soc. F. 525, n° 23). L'on croit rêver ! ! Le certificat de prise en solde distribué à tous les conscrits comporte un questionnaire : « *Situation matrimoniale* : Etes-vous... en concubinage ? » (Volet n° 4, Imprimé modèle SC.2 - SC.3), etc...

(28) Mais nous approuvons la jurisprudence lorsqu'elle s'efforce de combattre la prime au concubinage que constituent certaines pratiques, notamment les clauses de célibat en matière de contrat de travail. Paris, 1er mars 1951, J.C.P. 1951.2.6265 ; C.E. 11 mars 1960, D. 1960.S.101 ; Paris, 30 avril 1963, D. 1963.429 : « La restriction que cette stipulation apporte au droit au mariage en incitant celle qui l'a souscrite à s'engager dans une union illégitime — non interdite par le règlement —, est directement attentatoire aux bonnes mœurs », etc...

(29) L'Ecole de la libre recherche scientifique a, à juste titre, exposé la nécessité de se référer à la volonté du législateur actuel en cas d'obscurité d'une loi ancienne et a fortiori en l'absence de texte (En ce sens : MAZEAUD, Leçons I, n° 102).

le juge ne peut, vu sa place dans l'ordre constitutionnel français, débouter une concubine parce que concubine. Aussi, le juge judiciaire civil français, toujours très timoré face au pouvoir législatif (30), évite-t-il d'adopter une position autonome susceptible de revêtir une coloration politique dite réactionnaire et trop liée au régime de Vichy (31). Ainsi s'explique la tentation de dissimuler son hostilité envers l'union libre derrière des formules abstraites telles que droit acquis, obligation alimentaire, intérêt légitime juridiquement protégé, lien de parenté ou d'alliance, etc...

Cette explication psychologique du recours au « manteau juridique » (32) est corroborée par la nouvelle attitude du Conseil d'Etat. La haute juridiction administrative, habituée à plus d'audace politique (33), a su renoncer à l'exigence du droit lésé sans accueillir pour autant l'action de la concubine. A cette fin, il fallait oser ouvertement exclure la concubine en tant que telle et non point en tant que personne sans lien de droit avec le défunt ; il ne semble pas que le juge judiciaire civil le puisse ni qu'il l'ose. Quant à la chambre criminelle, habituée à côtoyer des turpitudes plus évidentes que celle de concubins âgés, elle n'hésite plus à leur assurer une réparation, ce qui présente, à ses yeux, l'avantage d'aggraver le poids de la répression pénale. La jurisprudence criminelle, d'ailleurs, accueille favorablement une action formée par un demandeur lui-même en état d'infraction si les agissements du prévenu sont infiniment plus répréhensibles (acceptant d'un chèque sans provision, etc...).

246. — En définitive, l'union libre présentera exceptionnellement des caractères de stabilité suffisante (34) pour en garantir

(30) Il s'est notamment toujours refusé à contrôler la constitutionnalité des lois, ce qui, juridiquement, eût été irréprochable mais « le goût des magistrats français ne les porte nullement vers ces hasards » (P. Mimin, J.C.P. 1946.I.517 bis, col. 2).

(31) L'esprit « Travail - Famille - Patrie » peut paraître trop lié à la lutte contre l'union libre (En ce sens : Flour, cours de doctorat préc.). Comp. : Rouast, Rev. Tr. Dr. Civ. 1941, p. 242 : « Nous voulons espérer que la jurisprudence comprendra qu'elle fait fausse route, et qu'après avoir cédé à l'ambiance individualiste qui régnait naguère en France, elle saura, comme tous les organismes de la nation, *s'inspirer des hautes paroles du Chef de l'Etat sur la nécessité de faire prédominer l'esprit social* sur l'esprit individualiste ».

(32) Ce « manteau » s'est rapidement révélé être un carcan pour le magistrat d'où le retour au libéralisme. On trouverait, dans un domaine différent, un aveu de cette technique des magistrats sous la plume du Président G. Calbairac : « Quand le *résultat* juridique *recherché* peut être obtenu par le droit écrit, c'est à celui-ci que la juridiction saisie doit s'attacher » (D. 1961, chr. 170).

(33) Ex. : Conseil d'Etat, 2 mars 1962, Rubin de Servens, J.C.P. 1962.2. 12613. Conseil d'Etat, 19 octobre 1962, sieurs Canal, Robin et Godot, J.C.P. 1963.2.13068. Comp. sur l'opposition entre « le législateur, interventionniste et novateur, et le juge, libéral et conservateur » (Flour, Cours Lic. 2, 1964-65, p. 417).

(34) La durée passée de l'union est bien sûr le meilleur critère de la stabilité car : « C'est à la vérité une violente et traîtresse maîtresse d'école

la moralité (35). Néanmoins, lorsqu'une union libre se sera maintenue durant toute l'existence des époux apparents (concubins âgés) ou bien lorsque ceux-ci, sans être nonagénaires pour autant, jouissaient depuis un certain temps d'une véritable possession d'état d'époux légitimes, le juge ne doit pas leur opposer la prétendue illégitimité de leur situation. S'il le faisait, il se placerait à contre-courant du mouvement législatif contemporain (36), lequel, même en droit civil, institue une sorte d'*osmose entre concubinage, fiançailles et union légitime* ainsi qu'en témoigne l'article 171 du Code Civil (37). D'ailleurs qui ne voit l'injustice qui consisterait à dispenser les faveurs de la loi à la « compagne » du vivant de son concubin (allocations familiales, etc...) puis à l'écarter du prétoire comme vile « pécheresse » lorsque, du fait du décès de son concubin, il ne peut plus y avoir péché : Le rejet de l'action de la concubine, c'est alors, le « coup de pied de l'âne » de la fable (38). Cette lâcheté ne se justifie même pas par la valeur utilitaire de l'exemple (39).

Nous approuvons donc la jurisprudence dominante, c'est-à-dire celle de la Chambre Criminelle et de la majorité des juges du fond, tout en formulant des réserves quant au bien-fondé du courant récent qui conteste *a priori* la légitimité de l'intérêt au cas d'adultère. Nous doutons du bien-fondé juridiquement de la position de la seconde section civile et, surtout, ce qui est plus grave nous doutons de son bon sens : L'on admet l'action d'une épouse fautive et en instance de divorce pour rejeter par ailleurs

que la coutume. Elle établit en nous, peu à peu, à la dérobée, le pied de son autorité : mais, par ce doux et humble commencement, l'ayant rassis et planté avec l'aide du temps, elle nous découvre tantôt un furieux et tyrannique visage, contre lequel nous n'avons plus la liberté de hausser seulement les yeux » (Montaigne, Les Essais, Livre I, Ch. 22).

(35) « Les relations sexuelles, immorales dans la mesure où elles sont le simple moyen de satisfactions physiques passagères, ne le sont pas quand elles s'insèrent dans un amour total..., comportant l'acceptation de devoirs et considéré par les participants comme permanent ». (Tunc dans Mazeaud-Tunc I, n° 279, note 1, 5e éd). « Il est de faux ménages qui en valent de vrais pour la solidité ». (Carbonnier, Introduction préc. Blondy et Morin, *op. cit.*, 1965, p. 13).

(36) Peut-être a-t-on trop loué le pouvoir créateur de droit de la jurisprudence. Celui-ci ne doit pas s'entendre d'une possibilité « créatrice » qui élaborerait des règles de droit différentes quant à l'esprit de celles qui sont issues des pouvoirs législatifs et réglementaires, seuls habilités par notre système constitutionnel à élaborer des normes juridiques. Comp. en ce sens, ,à propos de l'union libre, Marty et Raynaud, t. 1, p. 893, n° 681. B.G. : Malaurie, *La jurisprudence combattue par la loi*, in Mélanges Savatier p. 603 et s. (1965).

(37) Article 171 Code Civil (Loi n° 59-1583 relative aux mesures d'aide immédiate prises par l'Etat à l'occasion de la rupture du barrage de Malpasset, art. 23), § 1 : « Le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage, si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement ».

(38) En ce sens : Tunc, Revue Trimestrielle Droit Civil 1964, p. 108.

(39) Tunc in Mazeaud-Tunc, 6e éd., I, p. 380 in fine.

celle d'une épouse irréprochable qui a obtenu le divorce à son profit puis repris l'existence conjugale avec celui qui reste son mari aux yeux de toute Morale monogamique. Comprenne qui pourra ! (40).

Dans le cas d'une « bonne » union libre, il est opportun de réparer le préjudice patrimonial résultant de l'interruption de la vie commune et de permettre à la compagne d'intenter l'action criminelle privée moderne en « réparation » de son préjudice d'affection. Ainsi, hier comme aujourd'hui, la détermination des ayants-droits à réparation du fait de l'atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle d'un tiers reste dominée par la solidarité familiale. Seule différence de nos jours : D'une part, la notion de *comportement familial* l'emporte sur la notion juridique. D'autre part, dans les sociétés économiquement avancées, l'Homme s'est paradoxalement prolétarisé. Il laisse peu de fortune acquise à ses proches d'où l'importance *vitale* de ces recours en indemnité contre un tiers solvable en cas d'accident corporel (41).

(40) En notre sens, obs. DURRY préc. in Rev. Tr. Dr. Civ. 1968, n° 5 in fine, p. 717 : « absurdité de la solution ».

(41) Comp. la vision clarifiante proposée par le doyen Carbonnier au juriste soucieux de sortir de l'ornière classique, héritée de l'idée de transmission du capital acquis par la Famille (droit rural certainement « bourgeois » — sic — peut-être), vers l'idée de succession triangulaire, par attribution plus ou moins fortement socialisée. (Cf. Cours de droit civil, 4e année 1968, multigraphié p. 323. Adde, *infra*, n° 251).

CONCLUSION GENERALE

247. — Le domaine du préjudice réfléchi né de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle est, par lui-même, bien délimité. Mais il constitue le point de rencontre de problèmes fondamentaux d'une portée plus générale. Son étude soulève donc des questions qui ne se situent pas toutes sur un même plan.

Afin de limiter l'équivoque qui en résulterait, nous nous sommes efforcé de satisfaire un objectif minimum, à savoir la détermination des chefs de préjudice juridiquement réparables, autour duquel viennent s'inscrire en filigrane d'autres notations qui visent la réalité concrète, voilée par les formules abstraites et stéréotypées des arrêts.

I

248. — L'étude du Préjudice Matériel apporte trois enseignements. Tout d'abord, la liste des ayants droit au cas d'accident mortel a peu varié en pratique : Du fait des exigences de certitude et de légitimité, la marge comprise entre formules juridiques restrictives ou libérales concerne uniquement la famille de fait lorsque les demandeurs justifient d'un comportement familial et d'une assistance constante.

Ensuite, la *puissance de l'idée familiale* est considérable. D'une part et en droit, durant près de 20 années (1), il y eut deux conceptions du dommage selon que le demandeur justifiait ou non d'un lien de parenté juridiquement établi. D'autre part, et en fait, pour les chefs de préjudice communs à la survie et au décès, la certitude exigée est plus stricte lorsque le demandeur est un étranger, même s'il subit une atteinte à un droit muni d'action (associé), que lorsqu'il s'agit d'un proche (concubin associé de fait).

Enfin, l'analyse de cette jurisprudence permet de dégager un critère du dommage patrimonial : Atteinte à un intérêt certain et

(1) Cf. *supra*, n°s 117, 118, 141 et 190.

légitime. Il est d'ailleurs regrettable qu'une terminologie imprécise oppose fréquemment « droit » et « intérêt » sans relever que seul le droit subjectif *stricto sensu* s'oppose vraiment à l'intérêt légitime (2).

II

249. — L'on a coutume d'envisager le dommage moral comme un bloc monolithique ; mais, ce faisant, l'on songe en pratique au seul préjudice d'affection. Le fondement de sa réparation, hérité de l'Ancienne France, relève de l'idée de *peine privée familiale arbitrée par le juge.*

L'action est purement familiale et l'on ne rencontre aucun exemple d'un *pretium affectionis* accordé à un ami. En dépit de l'absence de tout critère juridique de recevabilité, l'exercice en est réservé à la Famille, y compris la famille de fait. Quant au *pretium affectionis,* bien que la formule des arrêts reste discrète, il constitue une peine : hiérarchie occulte des catégories de demandeurs, évalutation fixée en considération du responsable, tendance également voilée au monopole de l'action au profit du blessé en cas de survie (3).

III

250. — Un problème spécial, celui du droit à indemnité de la concubine fit couler beaucoup d'encre. Il doit être dissocié du débat de principe car il s'agit uniquement de se prononcer sur la légitimité de l'intérêt. A notre sens, celle-ci doit s'apprécier individuellement et *in concreto.* Une position de principe trop rigoriste contredit les réalités quotidiennes (certificat de concubinage délivré en mairie). Elle a d'ailleurs conduit la Cour Suprême à rejeter au nom d'une morale pharisaïque, la demande d'une épouse divorcée qui avait repris la vie commune avec celui qui n'était son concubin que « devant les Hommes » mais restait son époux devant Dieu (4)... « Tuez les tous ; Dieu reconnaîtra les siens ». Qu'il nous soit permis de préférer à cette morale du massacre de Béziers, celle de la Genèse (ch. XVIII, v. 26 précitée, p. 233).

L'on pourrait s'étonner qu'une littérature aussi abondante ait été consacrée à un problème mineur en pratique et que, au surplus, l'on ait agité le spectre de « l'avènement du concubinat » à l'occasion d'une problème de responsabilité civile. L'on relève d'ailleurs que le problème de la concubine a faussé les données générales, à tel point que, aujourd'hui encore, la portée du premier arrêt Pedron semble avoir échappé aux auteurs (5).

(2) Cf. *supra,* n° 151.
(3) Cf. *supra,* n°s 202, 203 et 213.
(4) Cf. *supra,* n° 229 in fine.
(5) Cf. *supra,* n° 139 (et notes 13 à 17).

IV

251. — Sans l'exprimer clairement, les auteurs qui sont hostiles à l'indemnisation de la concubine pressentent peut-être une vérité fondamentale, à savoir qu'il s'agit ici d'une *action familiale et crypto-successorale empruntant les techniques de la responsabilité civile*. En effet, si l'on s'efforce de parvenir à une connaissance réelle en échappant aux structures acquises qui conditionnent notre pensée, l'on voit qu'il s'agit ici d'assurer *post mortem* la survie du groupe familial en réalisant la transmission de l'essentiel de son patrimoine, c'est-à-dire le capital que constitue la santé physique et mentale du chef de famille. Hier, un jeune homme aisé avait « des espérances » (5 bis). Aujourd'hui, il a « un père ». Le langage populaire est révélateur.

Le doyen Carbonnier exprime heureusement cette idée : « Le droit positif de la responsabilité structure à sa façon la famille moderne... Il n'est pas illégitime de regarder les successibles comme étant psycho-sociologiquement ses ayants cause quoiqu'ils ne le soient point juridiquement » (6). La matière ressortit au droit de la responsabilité délictuelle par sa technique et au droit de la Famille par sa finalité. Il en résulte des conflits dont les fondements juridiques restent inexprimés et que les tribunaux tranchent de façon intuitive et incohérente. C'est ainsi que, à l'occasion de difficultés nées du régime de l'action des victimes médiates, la logique juridique et l'idée successorale l'emportent tour à tour. Tantôt, en effet, l'action est indépendante de celle de la victime immédiate (7). Tantôt, au contraire (surtout dans la jurisprudence récente), l'accent est mis sur la dépendance de l'action des victimes médiates (8). Nos anciens auteurs étaient sur ce point plus sensibles à la nécessité *d'avantager, en fait, la Famille en prétendant se fonder uniquement sur la logique du droit de la responsabilité civile*. Mais, à vrai dire, la doctrine contemporaine a-t-elle accompli son rôle de guide de la jurisprudence ?

(5 bis) Quant aux orphelins de souche modeste, ils travaillaient dès l'âge de 10 à 12 ans... De plus, l'on plaidait peu dans leur milieu social (cf. l'importance des « duels » comme source du contentieux au XIX[e] siècle). Comp. *supra*, n° 64, note 37.

(6) *Op. cit.*, Rev. Soc. Jur. Bern. 1964, 311. Comp. *supra*, n° 246, note 41 et en Dr. Int. privé, le choix de la loi délictuelle ou successorale (Batiffol, Traité, n° 563 in fine).

(7) Indépendance rigoureuse au plan des techniques procédurales (B.G. : Savatier, note D. 1957.373 I) ; Inopposabilité des déclarations fiscales du défunt (C.E. 31 mars 1944, in de Baecque, *op. cit.*, R.D.P. 1944, p. 22) ou des clauses limitatives de responsabilité (Comm. 19 juin 1951, D. 1951.717, note Ripert).

(8) Opposabilité du caractère bénévole du transport (Civ. 19 février 1945, D. 1945.181, note Flour, J.C.P. 1945.2.2851, note Rodière) et de la faute de la victime (Ch. Réunies, 25 novembre 1964, D. 1964.733, concl. Aydalot). Comp. obs. Durry in Rev. Tr. Dr. Civ. 1967.401, n° 14.

V

252. — Permanences ou résurgences, les données historiques conservent ici tout leur intérêt. Merlin de Douai — que l'on lit trop peu — expose magistralement *l'ambivalence du préjudice réfléchi*. Raisonnant sur l'hypothèse d'un duelliste, il écrit notamment : « Le duelliste a partagé cette faute... Comment sa femme et ses enfants pourraient-ils obtenir, à raison de sa mort, des dommages-intérêts qu'il ne pourrait pas obtenir lui-même à raison de simples blessures ? Cela paraît fort singulier et cependant, rien n'est plus conforme aux vrais principes... c'est un droit qui leur appartient en leur seule qualité de veuve et d'enfants.. Ils n'ont donc aucune exception à redouter du chef de leur époux et père » (9).

Cette jurisprudence, constante dans l'ancienne France et au cours du XIX[e] siècle, a étrangement échappé à l'ensemble de la doctrine contemporaine en dépit de la profusion d'excellentes études publiées à ce sujet (10). Les raisons s'en trouvent peut-être dans le fait que nos anciens auteurs répertoriaient la jurisprudence par rapport à des notions concrètes (duel, rixe, etc...) cependant que nous sommes peut-être trop accoutumés à une classification dominée par des abstractions pour puiser utilement à la source toujours si vive de notre ancienne doctrine.

Toujours est-il que l'on peut douter de la valeur, de la portée et de la stabilité d'une *jurisprudence fondée sur la méconnaissance de l'état de droit antérieur :* C'est pourquoi *l'arrêt des Chambres Réunies rendu le 23 novembre 1964* (11) voit déjà son autorité contestée dans des domaines connexes (12). En effet, la doctrine de cet arrêt, sous le couvert de l'idée de solidarité familiale témoigne en fait de bien peu de générosité envers la veuve et l'orphelin ? Le « juridisme strict » est un Mal lorsqu'il conduit à des solutions inhumaines mais vive le juridisme s'il permet à l'orphelin d'écarter une exception du chef de son père mais invoquée par un assureur ! (13).

Aurions-nous moins de générosité que nos anciens envers la veuve et l'orphelin ? Avons-nous, dans une optique purement

(9) MERLIN, Questions de droit, 4[e] éd. 1829, t. 6 (V° Duel, § 3, p. 188 et s.).

(10) Cf. *supra*, n° 63, notes 28 et 29 pour la jurisprudence du XIX[e] siècle. Adde : Au XX[e] siècle, Crim. 7 juin 1952, Longar préc., J.C.P. 1952.7074, rapp. Brouchet (inopposabilité de la faute de l'avortée décédée) etc... Rôle du lobby des assurances dans cet « oubli » ?

(11) Ch. Réunies, 23 novembre 1964, D. 1964.733, concl. Aydalot, J.C.P. 1964.2.13972, note Esmein.

(12) Cf. p. ex. : Crim. 2 mars 1967, Werquin, B. Crim. p. 205 (inopposabilité d'un transfert de la garde sur 1384) ; Civ. 1[re], 1[er] avril 1968, D. 1968. 653, note Savatier (inopposabilité des dispositions du contrat conclu entre la victime et le responsable) ; Civ. 2[e], 13 décembre 1967, J.C.P. 1968 2.15485, note Goubeaux et obs. Durry, in Rev. Tr. Dr. Civ. 1968, p. 554, n° 12 et 714, n° 3.

(13) Contra : SAVATIER, note préc.

technocratique, perdu de vue les ressorts profonds de nos Institutions privées ?

Une codification du droit de la responsabilité civile est certes nécessaire. Souhaitons toutefois que la préoccupation de préserver les résultats financiers globaux des Compagnies d'assurance en soit exclue et que le législateur sache mériter les louanges qu'adressait jadis Terrasson à Daguesseau : « Vous savez allier avec tant de sagesse et d'habileté les différentes Loix du Royaume, que chaque Province *y retrouve ses usages* et serait tentée de croire que vous n'avez travaillé que pour elle ? » (14).

Vu, le Président de la Thèse
signé : J. FLOUR.

Vu, les Membres du Jury
signé :

Vu, le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques
signé : VEDEL.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris
signé : ROCHE

(14) Histoire de la Jurisprudence Romaine, éd. 1750 (Epître). Ce plaidoyer de Terrasson peut-il être entendu face au courant réformiste et à la soif d'écrire et de créer ?

« Chacun sait aujourd'hui quand il fait de la prose ;
Le siècle est, à vrai dire, un mandarin lettré. »
(Musset - « Une bonne fortune »).

PRINCIPAUX ARTICLES ET OUVRAGES CITES SEULEMENT PAR LE NOM DE L'AUTEUR

I - *Ouvrages généraux :*

AUBRY et RAU : Cours de droit civil français (édition précisée)

CARBONNIER : Droit Civil, t 2, 5e éd. 1967.

LALOU : Traité pratique de la responsabilité civile, 5e éd. 1955.

MARTY et RAYNAUD : Droit Civil spéc., t. 2, vol. 1, éd. 1962.

H.-L. et J. MAZEAUD : Leçons de Droit Civil.

H. et L. MAZEAUD et TUNC : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle - 5e éd. (et 6e éd. 1965 pour le t. 1).

RIPERT et BOULANGER : Traité élémentaire de Droit Civil d'après le traité de Planiol (t. 2, éd. 1957).

RODIÈRE : La responsabilité civile.

SAVATIER : Traité de la responsabilité civile (2e éd. 1951).

II. - *Ouvrages spéciaux :*

CHAPUS : Responsabilité Publique et Responsabilité Privée, Th. 1957.

GIVORD : La Réparation du Préjudice Moral, Th. 1938.

LE ROY : L'évaluation du Préjudice corporel (4e éd.).

PERRET : Des Ayants droit à indemnité au cas d'accident mortel, Th. 1933.

LAMBERT (Mme Y. LAMBERT-FAIVRE) : Le problème dit du dommage par ricochet, Th 1959.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE (1)

I. - *Ouvrages généraux :*

AUBRY et RAU : Cours de Droit Civil Français (4e, 6e et 7e éd.).
BATIFFOL : « Traité élémentaire de Droit International Privé », 4e éd. 1967.
BAUDRY, LACANTINERIE et BARDE : Traité de Droit Civil, 3e éd.
BOUZAT et PINATEL : Traité de Droit Pénal et de Criminologie, 1963.
CARBONNIER : Droit Civil, t. 1 et 2.
DEMOLOMBE : Cours de Code Napoléon.
DOMAT : Les Lois Civiles, éd. de Héricourt.
FLOUR : Cours de Droit Civil Licence (Paris, Les Cours de Droit)
GARDENAT et SALMON-RICCI : « De la Responsabilité civile », 1927
GAUDEMET (E.) : Théorie générale des obligations.
HAURIOU (M.) : « La Jurisprudence administrative de 1892 à 1929 », éd. 1931.
LALOU (H.) : Traité pratique de la responsabilité civile (4e, 5e et 6e éd.).
MARTY et RAYNAUD : Droit Civil, t. 1 et 2.
MAZEAUD (H.-L. et J.) et DE JUGLART : Leçons de Droit Civil.
MAZEAUD (H. et L.) et TUNC : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5e et 6e éd. t. 1.
RAYNAUD : Cours de Licence (Paris).
RIPERT et BOULANGER : Traité élémentaire de Droit Civil d'après le Traité de Planiol.
RODIÈRE : La Responsabilité Civile.
SAVATIER : Traité de la responsabilité civile en droit français, 2e éd.
SOURDAT : Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats.
STEFANI et LEVASSEUR : Droit Pénal Général et Procédure Pénale, 2e éd.
VEDEL : Droit administratif, 3e éd.
WEILL : Droit Civil, t. 1, éd. 1968.

(1) Ouvrages et articles *particulièrement utilisés.*

II. - *Thèses et Ouvrages spéciaux :*

AL AMIRI (S.) : « L'évaluation du dommage corporel dans les accidents de droit commun ».
ANDRÉ (R.) : Traité élémentaire de la réparation du dommage moral, en droit belge et comparé (2e éd. 1956).
AUBENAS : « Autour de deux passions de l'homme : la femme et l'argent », Cours doctorat Aix 1958.
BARTHES DE MONTFORT (de) : « Nature et fondement du recours contre le tiers responsable du débiteur de prestations dûes à la victime », Th. Paris 1964.
BAUDOUIN (Louis) : Le Droit Civil de la province de Québec, 1953. Traité pratique de la responsabilité en cas d'accident automobile, 1955.
BÉRAUD (Roger) : Comment est évalué le préjudice corporel, 1961.
BROCHEN (Y.) : « La notion de cause juridique dans les actions en responsabilité civile, Th. Lille, 1933.
CHAPUS (R.) :« Responsabilité publique et responsabilité privée », Th. Paris, 1958.
COLLIARD (Cl.-A.) : « Le préjudice en droit administratif français », Th. Aix, 1938.
COMPARATO (F.-K.) : « Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé », Th. 1964
DAHAN (M.) : « Sécurité Sociale et Responsabilité », Th. Paris, 1963.
DELMAS (B.) : « Du préjudice moral », Th. Toulouse, 1939.
DOMERGUE (P.) : « De la mise en œuvre de l'action en indemnité contre l'auteur d'un accident mortel de droit commun », Thèse, Paris, 1939.
DORAT DES MONTS (R.) : « La Cause Immorale », 1956.
DORVILLE : « De l'intérêt moral dans les obligations », Th. Paris, 1901.
DUBOIS (M.) : « Pretium doloris », Th. Lyon, 1935.
DURIN (D.): « Des recours des Caisses de Sécurité Sociale en matière d'accidents », Th. Grenoble, 1962.
FLOUR (J.) : « Le Préjudice et sa réparation », Cours de doctorat, Paris, 1958 (inédit).
FRENETTE (O.) : « L'incidence du décès de la victime d'un délit ou d'un quasi-délit sur l'action en indemnité ». Th. Ottawa, 1961.
GALINSKI (G.) : « Les ayants-droit à indemnité pour le dommage subi personnellement à la suite d'un accident mortel », Th. Nancy, 1933.
GANOT (J.) : « La réparation du préjudice moral », Th. Paris, 1924.
Dr. GEERTS (A.) : « L'indemnisation des lésions corporelles à travers les siècles », 1962
GIVORD (F.) : « La réparation du préjudice moral », Th. Grenoble, 1938.

HUGUENEY (L.) : « La peine privée en droit contemporain », Th. Dijon, 1904.
JOLY (A.) : « Essai sur la distinction du préjudice direct et du préjudice indirect », Th. Caen, 1938.
LAMBERT-FAIVRE (Y.) : « De la responsabilité encourue envers les personnes autres que la victime initiale. Le problème dit du dommage par ricochet », Th. Lyon, 1959.
LE BALLE : « La Chose Jugée », Cours de doctorat, Paris, 1955
LE ROY (M.) : « L'évaluation du préjudice corporel », 4e éd. 1966.
MOREL : « La Réparation du Préjudice », Cours de doctorat, Paris, 1952.
NAVATTE (B.) : « De la réparation du préjudice moral devant les tribunaux administratifs français », Th. Rennes, 1947.
NERSON (R.) : « Les droits extrapatrimoniaux », Th. Lyon, 1939.
PARMENTIER (E.) : « Droits de la famille sur l'indemnité en cas d'accidents », Th. Paris, 1904.
PAUFFIN DE SAINT-MOREL (M.) : « Quelques aspects de la réparation du dommage corporel », Th. Paris, 1966.
PERRET : « Des ayants droit à indemnité au cas d'accident mortel », Th. Paris, 1933.
POLAK (J.) : « Lésion aux sentiments d'affection », Th Grenoble, 1942.
POUPARD (Y.) : « Les ayants droit d'une victime d'un accident d'automobile. Responsabilité et assurance », Th Paris, 1963.
RIEGERT (M.) : « La notion de préjudice esthétique », Th. Bordeaux, 1937.
RIPERT (G.)-: « La Règle Morale dans les obligations civiles », 4e éd. 1949.
RIPERT (L.) : « La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle », Th. Paris, 1933.
ROUBIER (P.) : « Droits subjectifs et situations juridiques », 1963.
SERIGNY (G. LE MOYNE de) : « Le droit civil de la province de Québec », Th. Bordeaux, 1950.
STARCK (B.) : « Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée », Th. Paris, 1947.
STEFANI (G.) : « Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal » (Etudes sous la direction de G. Stefani, 1956).
TALAIRACH : « Les personnes qui ont droit à réparation dans les cas d'accidents mortels », Th. Montpellier, 1934
TOULEMON et MOORE : « Le préjudice corporel et moral en droit commun », 2e éd. 1957.
TRIBES (R.) : « Fondement et caractères de la réparation du préjudice moral », Th. Montpellier, 1932.
TUNC (A.) : « La Sécurité Routière. Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation », 1966.
VINEY (G.) : « Le déclin de la responsabilité individuelle », Th. Paris, 1965.

III - *Articles de revue, Chroniques et Notes de Jurisprudence :*

ANDRIEUX : Conclusions (C.E. 11 mai 1928), S. 1928.3 98, D. 1929. 3.6.

AYDALOT : Conclusions (Ch. Réunies 25 novembre 1964). D. 1964.733.

BANCAL Jean : « L'indemnisation du préjudice d'enfants mineurs dont le père a été victime d'un accident mortel », J.C.P. 1964.1.1821.

BÉRAUD Roger : Préjudice moral et incapacité physique Rép. Commaille, 1952, p. 162.

BLAEVOET (Ch.) : Note auD. 1958.188 (C.E. 5 juillet 1957).

BORRICAND (J.) : Note au D. 1964, p. 296 et s. (Aix 19 déc. 1963).

BOULANGER (F.) : « De la codification du droit de la Responsabilité automobile » (L.G.D.J. 1965).

BRAUD (J.) : « L'évaluation des dommages-intérêts en matière d'accidents corporels de droit commun », J.C.P. 1956.I.1275. Note au J.C.P. 1956.2.9367 (T. corr. Albi, 9 mars 1956).

BREDIN : note au D. 1965.150.

BROUCHOT : Rapport (Crim. 7 juin 1952) au J.C.P. 1952.2.7074.

BRUN (A.) : Note au D. 1961.373.

CAPITANT (H.) : « Du recours soit de l'assureur, soit de l'assuré contre le tiers qui, par sa faute, a amené la réalisation du risque prévu au contrat d'assurance », Rev. tr. Dr. Civ. 1906, p. 37 et s.

CARBONNIER (J.) : « Terre et ciel dans le droit français du mariage », Et. Ripert, t. 1, p. 325 et s.
« Les dommages résultant des accidents corporels en droit français », Rev. Soc. Jur. Bernois, 1964, p. 301 et s.

CAREL (J.) : Note au J.C.P 1956.I.9285 (Crim. 18 janv 1956).

CHARDEAU : Conclusions (C.E 6 juin 1958) au D 1958.551 et S. 1958. J. 319.

CHARTROU J.-M.) : Note au S. 1945.1.1 (Civ. 19 octobre 1943).

CHAVANNE (A.) : Note au J.C.P. 1951.2.5963 (Montpellier 6 juillet 1950).

CLAVEL : Note au J.C.P. 1954.2.8222 (T.C. Nîmes 20 octobre 1953).

COLOMBINI (A.) : Note au J.C.P. 1953.2.7586 (Amiens 4 décembre 1952).

COMBALDIEU : Rapport (Crim 20 janvier 1966), D. 1966.184.

CREMIEU (L.) : Note au S. 1910.2.57 (Paris 3 mars 1909).

DABIN (J.) : « Du droit à réparation des parents de la victime d'un accident mortel en dehors du cas spécial des accidents du travail », La Belgique Judiciaire, 1935, p. 514 et s.

DALLANT (R.). : Note au J.C.P. 1937.2.466 (Civ. 27 juillet 1937).

DELEVALLE :Conclusions (devant T Adm. Lille 28 février 1958), D. 1958.216.

DELPECH : Note au S. 1951.2.81.

DOR (G.) : Note à Rev. Gén Ass. Terr. (belge) 1931.443 (Liège 6 novembre 1930).

DUPEYROUX (J.-J.) : Note au D. 1961.269.
DUPIN : Conclusions (devant Ch. Réunies 15 juin 1833) au S. 1833.1.438.
DURRY : Chroniques de responsabilité civile, in Rev. Tr. Dr. Civ.
ESMEIN (P.) : « La Commercialisation du dommage moral », D. 1954 Chr. 113 et s.
« Prendre l'argent où il est », G.P. 1958.2. doctr 46.
« Les indemnités allouées en conséquences des dommages causés au corps humain », Rev. Gén. Ass. Terr 1958, p. 129 et s.
« Le prix d'une espérance de vie », D. 1962 Chr. 151.
« Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », D. 1964 Chron. 205.
Note au S. 1924.1.153 (Req. 10 avril 1922).
Note au S. 1925.1.249 (Req. 27 juillet 1925)
Note au S. 1930.2.17 (Paris 16 mai 1928).
Note au J.C.P. 1954.2.8245 (Crim. 4 mai 1954).
Note au D. 1964.20 (Crim. 10 octobre 1963)
Note au J.C.P. 1964.2.13972 (Ch. Réunies 25 novembre 1964).
FEENSTRA (R.) : « Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius », Et. Petot, p. 157 et s. (1959).
FLOUR (J.) : Note au D.C. 1941. J. 85 (Civ. 24 février 1941).
Note au D.C. 1942.142 (Dijon 7 novembre 1940).
Note au D. 1945.293 (Civ. 22 février 1944).
« Examen doctrinal de jurisprudence », Rev. Crit. Leg. Jur, 1938. 317 à 366.
FOUGÈRES : Conclusions (C.E. 29 octobre 1954) au D 1954.767.
GIBOULOT (A.) : Note au D.P. 1872.2.97 (Aix 14 juin 1870).
GIVORD (F.) : Note au D. 1945.99 (Req. 22 décembre 1942).
GOLDENBERG (M.) : « Qui peut agir du chef d'un fait préjudiciable ? », Gaz. des Trib. mixtes d'Egypte, novembre 1934.
GOLDMAN (B.) : Note in Clunet 1964.103 (Paris 2 octobre 1963).
GOYET (F.) : « Le droit à réparation dans le cas où la victime a participé à l'acte dommageable ou a commis une faute personnelle », Semaine Législative et Judiciaire 1926, p. 100 et s.
GRANIER (J.) : « Quelques réflexions sur l'action civile », J.C.P. 1957.I.1386.
GUIONIN : Conclusions (C.E. 21 octobre 1955) au D. 1956.139 et s.
HAURIOU (M.) : Note au S. 1928.3.98 (C.E. 11 mai 1928).
HOUIN (R.) : Note au J.C.P. 1943.2.2334 (Req. 22 décembre 1942).
Note au S. 1939.1.233 (Crim 14 décembre 1938).
HUGUENEY (L.) : « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX^e^ siècle ». Et. Ripert 1950, t. 2, p. 249 et s.
JAMBU - MERLIN : Note Droit Social 1965.60.
JOSSERAND (L.) : « La personne humaine dans le commerce juridique », D.H. 1932, Chr. 1 et s.

« Le problème juridique de la rupture des fiançailles », D.H. 1927, Chr. p. 21 et s.
Note au D.P. 1929.2.61.
Note au D.P. 1933.1.137.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.) : « De la récupération par une administration des cotisations patronales afférentes au salaire versé en période d'invalidité », D. 1961, Chr. 125 et s.

LABBE : Note au S. 1881.2.21 (T.C. Seine 9 janvier 1879).

LACOSTE : Note au S 1897.2.25 (Rouen 24 février 1894).

LALOU (H.) : « Les ayants droit à indenité à la suite d'accidents mortels », D.H. 1931, Chr. 21 et s.
Note au D.P. 1927.1.73 (Crim. 26 novembre 1926).
Note au D.P. 1929.1.23 (Crim. 9 novembre 1928).
Note au D.C. 1944.J.14 (Civ. 19 octobre 1943).

LAUBADÈRE (de) : Note au D. 1954.767 (C.E. 29 octobre 1954).

LE ROY (M.) : « La Réparation du préjudice corporel : Le problème doctrinal et le problème technique », D 1958, Chr. 17 et s.
Note au D. 1958.194 (T.C. Cahors 14 novembre 1957).
Note au D. 1962.414 (T. gr. I. Nice 9 mars 1962).

LESTANG (R. de) : Note au J.C.P. 1957.2.9950.

LINDON (R.) : Conclusions (Ass. Plén. Civ. 30 juin 1960) au D 1961.1 et s.

MALINVAUD (Ph.) : « La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat » (Th. Paris 1965).

MARTY (G.) : « Du droit de la concubine à la réparation du dommage à elle causé par la mort accidentelle du concubin », Note au S. 1931.1.145 et s.
Note au S. 1938.1.321 (Civ. 27 juillet 1937).

MAZEAUD (H.) : « Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel ? », D.H. 1932, Chr. 77 et s.
« La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile ». D. 1954, Chr. 39 et s.
Note au J.C.P. 1954.2.7961 (Douai 10 décembre 1963).

MAZEAUD (L.) : Note au D. 1961.17 (Civ. 2e 9, 16 et 18 nov. 1960)

MESTRE (A.) : Note au S. 1945.3.57 (C.E. 16 juin 1944).

MEURISSE (R.) : Note au S. 1960.249 (Ass. Plén. Civ. 30 juin 1960)
Note au S. 1961.4 (Civ. 2e 18 novembre 1960).

MORANGE (G.) : « Le préjudice moral devant les tribunaux administratifs ». (D. 1948. Chr. 105).
« La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative ». D. 1953, Chr. 27.
Note au D. 1952.549 (C.E. 25 janvier 1952).
Note au D. 1956.142 (C.E. 21 octobre 1955).

NOUGUIER : Rapport (Crim 20 février 1863) au S. 1863.1.321.

PERREAU (E.) : « Des droits de la personnalité », Rev. Trim Dr Civ. 1909.501 et s.

PIERRON (J.) : Note au J.C.P. 1959.2.11095 (Crim 24 février 1959).

PIÉDELIÈVRE (A.) : Note au D. 1963.227 (Crim. 27 nov. 1962).

« Remarques sur la notion de qualité » (Ann. Fac. de Clermond Ferrand 1969.215 et s.).
PILON : Rapport (Req. 2 février 1931) au D. 1931.1.38.
PLANIOL : Note au D.P. 1905.2.305.
PLATEAU : Note au D. 1958.344 (T. adm. Lille 31 mars 1958).
RAYNAUD : Obs. Rev. Tr. Dr. Civ. 1955.343 et s.
RIPERT (G.) : Note au D.P. 1921 2.17.
Note au D.P. 1926.1.5 (Req. 27 juillet 1925)
Note à la Rev. dr. maritime comp. 1924, t 7, p. 341 (Rouen 16 janvier 1924).
Note au D. 1950.215 (Rouen 1er mars 1949).
« Le prix de la douleur », D. 1948, Chr. 1.
RODIÈRE (R.) : Note au J.C.P. 1945.2.2193 (Civ. 19 octobre 1943).
Note au J.C.P 1953.2.7592 (Civ 21 octobre 1952).
Chroniques à la Rev. Tr. Dr. Civ.
ROUX (J.-A.) : Note au S. 1927.1.273 (Crim. 26 novembre 1926).
Rapport (Crim. 13 février 1937) au S. 1937.1.153.
SAVATIER (R.) : « Régles générales de la responsabilité civile », Rev. Crit. Leg. Jur. 1934, p. 409 à 486.
Note au D.P. 1938.1.5 (Crim. 13 février 1937 et Civ. 27 juillet 1937).
« Le dommage mortel et ses conséquences au point de vue de la responsabilité civile », Rev. Tr. Dr. Civ. 1938, 187 et s.
Note au D.P. 1940.2.9 (T. Civ. Lannion 28 février 1939).
Note au J.C.P. 1948.2.4304 (Civ 23 décembre 1947).
« Le dommage et la personne », D. 1955, Chr. 5.
Note au D. 1956.723 (Colmar 20 avril 1955)
Note au D. 1957.373 (Crim 27 novembre 1956).
THERRY (R.) : « Trois conceptions de la famille dans notre droit », D. 1953, Chr. 47.
TORTAT (R.) : Note au S. 1933.2.25 (Paris 18 mars 1932).
TUNC : Chroniques à la Rev. Tr. Dr. Civ.
VOIRIN : Note au D.P. 1930.1.49 (Crim. 28 février 1930).
Note au D.P. 1932.2.88 (Paris 18 mars 1932).

IV. - *Bibliographie relative au droit à indemnité de la concubine.*

A) *Principales monographies consacrées essentiellement au dommage par ricochet subi par la concubine :*

BAUER : « Droits de la concubine lésée par un accident mortel survenu à son concubin » (Th. Paris, 1935).
ESMEIN (P) : « La situation de la concubine en cas de décès accidentel du concubin » (G.P. 23 mars 1937).
FERRY Alain : « Le droit à réparation de la fiancée et de la concubine en cas de décès du fiancé et du concubin par la faute d'un tiers » (La Vie Judiciaire des 6-11 février 1956, p. 8)
MILAN (R.) : « De l'action en réparation de la concubine en cas d'accident mortel de son concubin », Th. Grenoble, 1934.

POURQUIER (P.-L.) : « La concubine en face du tiers responsable de la mort de son concubin », Th. Montpellier, 1938.
VANDAMME Jeanne : « La concubine doit-elle être admise à agir en réparation contre l'auteur de la mort de celui avec lequel elle vivait ? » (Rev. crit. leg. et jur. 1934, p 157 et s.)

B) *Sur l'union libre en général.*

1°) *Monographies antérieures à 1925.*

(La plupart *ignorent totalement l'éventualité d'un préjudice réfléchi en cas de décès*).

AYRENX (J. d') : « La condition juridique de la famille illégitime dans le droit intermédiaire » (Th. 1908).
AUBINEAU (G.) : « Etude critique des conséquences juridiques de de l'Union libre en droit moderne » (Th. Poitiers 1921).
BENOIT-CATTIN (C.) : « Les effets juridiques de l'Union libre » (Th. Grenoble, 1922).
BOYER (A.) : « Conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre » (Th. Nîmes, 1908).
DURUFLE (R.) : « Donations entre concubins » (Th. Paris. 1909).
LANDRE (R.) : « Le concubinage devant la loi et la jurisprudence modernes » (Th. Nancy, 1921).
LEROY (F.) : « Le concubinage dans le droit français actuel » (Th. Lille, 1909).
LIBOTTE Achille : « De l'état de concubinage » (Th. Lille, 1921).
PEYTEL : « L'union libre devant la loi » (Th. Paris, 1904).
REGARD DE VILLENEUVE (J. de) : « La crise du mariage et le problème juridique de l'union libre » (Th. Lyon, 1910).

2°) *Monographies postérieures* (abordent le problème de l'accident mortel »).

BARRAL : « Condition juridique de la femme vivant en union libre » (Th. Montpellier 1928).
BEUCHER (J.) : « La notion actuelle du concubinage, ses effets à l'égard des tiers » (Th. Paris, 1932).
BOIRON (J.-F.) : « Responsabilité pour rupture de concubinage » (Th. dactyl. Paris, 1960).
BRON (H.) : « Les conséquences juridiques de l'union libre, notamment à l'égard des tiers » (Th. suisse, Lausanne, 1940)
COULET (F.) : « La situation de la concubine dans la jurisprudence civile et administrative actuelle » (Rec. gen. lois et arr. 1956, 481 à 484).
DESIRY (R.) : « Les conséquences juridiques du concubinage en dehors de l'application de l'art. 340 C. civ » (Rev. crit. lég. jur. 1932, p. 488 et s.).

DENOIX DE SAINT-MARC : « Le concubinage, sa notion, ses effets » (Th. Bordeaux, 1927).

ESMEIN (P.) : « Le problème de l'union libre » (R. trim. dr. civ. 1935, pp. 747 à 785) — « L'union libre » (D.H. 1935, chr pp. 48-52).

GRANIER : « Epouse, concubine ou compagne », J.C.P. 1956.1.1299.

GUINARD (P.) : « Les effets juridiques de l'union libre en jurisprudence » (Th. Paris, 1933).

JOSSERAND : « L'avènement du concubinat » (D.H. 1932, chr. p. 45 et s.).

LALOU (H.) : « Le mariage apparent » (Gazette Dalloz 1923, p. 101 et s.).

« L'union libre devant la loi et la jurisprudence » (Le Correspondant du 10 décembre 1929, pp. 717 à 730).

LASKINE et DUBRUJEAUD : « L'union libre devant la loi et les tribunaux » (1935). Rec. Somm. 1934, p. 373.

MARTIN (G.) : « Evolution contemporaine du concubinage » (Th. Paris, 1960, dactyl.).

NAST : « Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal » (D.H. 1938, chr. 37).

« La rupture du concubinage », note au D.P. 1936.2.41.

PERNOT (G.) : (Recueil d'études préfacé par G. Pernot sur « Conditions de l'épouse et de la concubine dans la législation française » (1956, Sirey).

PERRAUD-CHARMANTIER : « Le statut du concubinat » (Rep Commaille 1933.1.10.784 et 2.10837).

PIRET (R.) : « Le ménage de fait en droit civil belge » (Trav. Ass. H. Capitant 1957, pp. 76-91).

RODIÈRE (R.) : « Le ménage de fait devant la loi française » (Trav. Ass. H. Capitant 1957, p 55-76).

SAVATIER (R.) : « Le droit, l'amour et la liberté » (1936, Libr. Gen. dr. jur. et éd. 1964).

« L'union libre et la jurisprudence française » (Rev. crit. leg. jur. 1936, p. 413 à 433).

SIMONNET (H.) : « Le mariage et l'union libre » (dans « Maintien et défense de la famille par le Droit » 1930, p. 71-114).

THERRY (R.) : « Le concubinage en France : Recherche de Sociologie juridique », Rev. tr. Dr. Civ. 1960, p. 33 à 52.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

N°s		Pages
	« DES PRÉJUDICES RÉFLÉCHIS NÉS DE L'ATTEINTE A LA VIE OU A L'INTÉGRITÉ CORPORELLE ».	
1	INTRODUCTION	1
	Position de la question au sein d'une théorie générale du dommage (n°s 1 à 3). Notion de dommage réfléchi (n°s 4 à 6). « Liste » des ayants-droit : différence fondamentale entre préjudice matériel et préjudice moral (n°s 7 et 8) mais permanence du concept de solidarité familiale dans l'un et l'autre cas (n° 9).	
	PREMIERE PARTIE	11
	DU PRÉJUDICE MATÉRIEL RÉFLÉCHI NOTIONS PRÉLIMINAIRES	13
10	.. I. - Systèmes théoriques concevables a priori (n°s 10 et 11)	13
12	II. - Classification des chefs de préjudice au regard de la survie ou du décès de la victime (n°s 12 à 14)	15
14	III. - Nécessité pratique du décès de la victime lorsque le préjudice allégué .. résulte de la privation des subsides ..	18
	A) Abstention de la victime immédiate (n° 15)	18
	B) La victime immédiate intente son action :	20

N°s		Pages
	1°) Réparation intégrale obtenue (n°s 17 et s.)	20
	2°) Réparation impossible (n°s 20 et s.)	24
	CHAPITRE I : DES CHEFS DE PRÉJUDICE COMMUNS A LA SURVIE ET AU DÉCÈS DE LA VICTIME IMMÉDIATE	28
	Préliminaire (n° 24)	
	Section I : *Des débours effectués par le demandeur du fait de l'accident*	30
25	.. § 1. L'hypothèse moderne : La garantie des revenus de la victime	30
26	..... I - L'Assureur	31
27	..... II - Les débiteurs sociaux ..... Position de la question (n°s 27 et 28).	32
	1°) Le droit commun (n°s 29 et 30)	35
	2°) Le domaine du droit commun (n°s 31 à 33)	38
34	§ 2. L'hypothèse traditionnelle : Solidarité ..... familiale, piété et charité	41
	1) Frais engagés du fait de l'accident (n° 35)	41
	2) Frais rendus inutiles par l'accident (n° 36)	43
	3) Frais engagés dans une intention libérale (n°s 37 et 38)	44
	Section II : *Des perturbations apportées à des intérêts matériels solidaires de l'activité économique de la victime*	46
	Préliminaire (n° 39)	
40	§ 1. Examen de lege ferenda : Rigidités économiques et caractère direct du ..... préjudice (n°s 40 et 41)	47
42	.. § 2. Analyse du droit positif	48
	Client ou fournisseur (n° 42). Créancier (n° 43). Employeur ou associé (n° 44).	

N°s		Pages
	CHAPITRE II : DU PRÉJUDICE SPÉCIAL AU CAS DE DÉCÈS : INTERRUPTION DES SUBSIDES OU PERTE DE TOUT ESPOIR D'ASSISTANCE	53
45	INTRODUCTION Intérêt au regard de la théorie du dommage matériel (n°s 45 à 47). Evolution historique liée à la diversification des demandes. Nécessité d'une étude jurisprudentielle qui confronte formules abstraites d'une part, et solutions concrètes d'autre part (n°s 48 à 50). Etude évolutive : 4 périodes (n° 51).	
	Section 1 : *De l'action criminelle privée à l'acceptation sincère des principes du Code Napoléon*	62
	Préliminaire (n° 52)	
53	§ 1. De l'action criminelle privée et de son influence à l'origine du droit civil moderne	64
54	I - De l'action criminelle privée sous l'Ancien Droit (n°s 54 à 57)	65
58	II - Des séquelles de l'action criminelle privée de 1804 à 1885	69
59	A) Du maintien de l'idée de vengeance familiale dans le cadre des principes nouveaux (1804-1870 environ)	69
	Doctrine (n°s 59 et s.) et Jurisprudence : Poursuite par la Famille (n°s 61 et s.) exercée par de très proches parents (n°s 64 et s.)	
65	B) De l'absorption de l'idée de vengeance familiale par les principes nouveaux (après 1870)	76
68	§ 2. De l'élaboration des principes juridiques modernes jusqu'en 1913	79
	Problème de principe : La portée du critère de l'obligation alimentaire (n°s 68 et 69).	

N°s		Pages
	I - Etude analytique de la jurisprudence	
70	.....	81
	A) Demandes fondées sur un lien alimentaire. Droit à pension consacré judiciairement (n° 71). Interruption de subsides antérement perçus (n° 72). Perte d'une chance d'obtenir des subsides (n°s 73 et s.).	
75	..... B) Demandes formées sans lien alimentaire	85
	Existence d'une obligation naturelle ou d'un devoir de conscience (n°s 75 et s.). Rejet de toutes autres demandes (n° 76).	
	II - Commentaire et synthèse.	87
77	..... A) Théorie juridique (n°s 77 et 78) : Rejet du système du droit muni d'action.	
79	..... B) Enseignements pratiques ... Pas de raz-de-marée d'actions. Discordances entre Cour Suprême et juridictions du fond à propos de la famille de fait.	90
	Section 2 : *Du libéralisme et de son échec* (1914-1937)	92
80	L'arrêt Boniface de 1918 : Affirmation de la « généralité » de l'article 1382 C. Civ. à propos d'une filiation de fait (n°s 80 et 81).	
	§ 1. Hypothèse générale : Légitimité incontestable du préjudice	94
	I - Des chefs de préjudice réparés dès le XIX° siècle	95
82	..... A) *Existence d'un lien alimentaire.* Famille unie (n° 82). Liens familiaux distendus (n° 83). Perte d'une chance d'obtenir une aide ultérieure d'un enfant mineur (n° 84).	

N°s		Pages
86	..... B) *Absence d'obligation alimentaire civile*	98
	Créanciers d'une obligation naturelle : Collatéraux privilégiés (n° 86), ascendants et descendants naturels simples de fait (n° 87).	
	II - De l'extension de la liste des	
88	..... ayants-droit	100
	A) Parents ou alliés (n° 88).	
	B) Absence de parenté ou d'al-	
89	..... liance légalement établies ...	102
	Situation pseudo-familiale : descendants de fait adultes (n° 89).	
	Liens moraux ou religieux : parenté spirituelle, adoption de fait, etc... (n° 90).	
	Liens sentimentaux : fiancée, concubine (n° 91).	
	§ 2. Hypothèse spéciale : Légitimité con-	
92	..... testée	104
	I - Enfants adultérins ou incestueux Filiation légalement constatée (n° 93).	
	Filiation de fait (n° 94).	
95	..... II - Concubine	107
96	..... A) *Analyse du droit positif* —— Libéralisme de la Chambre Criminelle (n° 96).	108
	Adoption par quelques juridictions du fond qui analysent in concreto la moralité et la stabilité de l'Union libre (n° 97).	
	Tendances divergentes et contradictoires parmi les juridictions du fond (n°s 98 et 99).	
	B) De la nécessité d'unifier la	
100	..... jurisprudence	112
	Section 3 : *De la tentation de l'arbitraire prétorien : Le critère de « l'Intérêt légitime juridiquement protégé »* (1937-1950 environ)	115

N°s		Pages
	§ 1. *Responsabilité de la Puissance Publique*	
102	L'arrêt Rucheton du 11 mai 1928 (n° 102).	115
103	I - De l'archaïsme des principes .. Principe de l'irresponsabilité de la puissance publique. Exigence d'une obligation alimentaire légale pour la recevabilité (n° 103).	116
104	II - Du souci de ménager les deniers publics ..... Absence d'atteinte aux conditions d'existence (n° 105). Atteinte aux conditions d'existence (n° 106). Droit à pension alimentaire (n° 107). Synthèse et critique de l'originalité des arrêts Thomas et Bérenger à partir des arrêts Guinot et Bastian (n° 108).	118
109	§ 2. *Responsabilité Privée*	124
	I - *Du revirement de* 1937 *au regard de la Théorie du dommage* .... Position de la question (n°s 109 et 110).	124
111	A) Analyse descriptive des arrêts de 1937 ..... Arrêt Cabassut (Ch. Crim. 13 février 1937) et arrêt Méténier (Ch. Civ. 27 juillet 1937) (n°s 111 et 112).	126
113	B) Signification juridique du revirement ..... 1°) De l'échec des diverses interprétations doctrinales unitaires. Thèses de MM. Savatier, Flour, Mazeaud, contraires à l'arrêt Cabassut (114 et 115). Thèse de M. Marty démentie par la doctrine de la Chambre des Requêtes.	127

N°s		Pages
	2°) Du dualisme du préjudice matériel réfléchi (n° 117).	
	II - *Vérification de la thèse dualiste : existence de deux critères paral-*	
118	..... lèles	131
	A) De l'adoption d'un critère restrictif en présence d'un demandeur étranger à la famille légale	132
	1°) L'action de la concubine : Rigueur des principes (n° 119) et palliatifs (n° 120).	
	2°) L'action de la fiancée : Critique de la jurisprudence Gaillard par M. Rodière (n°s 121 et s.).	
	3°) L'action de l'enfant naturel de fait (n°s 125 et 126).	
	B) De la persistance et des progrès du libéralisme au sein de	
128	..... la famille légale	140
	Les arrêts de principe Maréchal, Bercot et Moreau : ce n'est pas une simple tendance (n° 128). Une créance naturelle suffit (n° 129) voire une simple expectative ou un droit éventuel (n° 130).	
	Conclusion : Unité de cette phase du droit positif (n° 131) et tendances libérales au terme de cette période (n° 132).	
	Section 4 : *Du retour au droit commun : Le critère de l'atteinte à un intérêt certain et légitime*	148
	§ 1. *Analyse du droit positif contemporain quant au préjudice réfléchi*	148
	I - Principe : le Critère de l'intérêt légitime.	
	A) Responsabilité de la Puissance	
133	..... publique (n°s 133 à 135).	
136	..... B) Responsabilité privée	151
	1°) Atteinte à une simple situation de fait	152

N°s		Pages
	Abandon du dualisme des critères *théoriques* (n° 136). Jurisprudence de la Chambre Criminelle (n°s 137 et 138). Le premier arrêt Pedron de 1964 consacre l'abandon de la jurisprudence Méténier et l'alignement sur la jurisprudence Savelli du Conseil d'Etat. A-t-il échappé à la major pars de la doctrine ? (n° 139).	
140	2°) Préjudice légitime	157
141	..... II - Portée pratique ..... Liste des ayants-droit : « Beaucoup de bruit pour rien ». (n°s 141 et 142). Réparation du préjudice : Absence de toute règle juridique positive (n° 144). Suggestions pour une pratique rationnelle de l'évaluation (n°s 145 à 147).	158
	§ 2. Examen doctrinal : Esquisse d'une	
148	..... Théorie générale du Préjudice Matériel	163
149	I - Rejet du critère de l'atteinte à un ..... droit subjectif préexistant	164
153	II - Certitude et Légitimité du Préju- ..... dice	166
156	.. *Conclusion de la 1re Partie* : Caractère familial de l'action et persistance des divergences à l'occasion de l'union libre	169
	DEUXIEME PARTIE	
	DU PRÉJUDICE D'AFFECTION	171
157	INTRODUCTION ET PLAN	173
	CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : DU PRINCIPE DE LA RÉPARATION ..... Regain d'actualité du problème (n°s 158 à 160).	175

N°s		Pages
161	Section 1 : *Du domaine de la réparation* .... Historique et autonomie du pretium affectionis (n°s 161 et 162).	178
163	§ 1. *Des souffrances morales invoquées* ..... par la victime immédiate ..... Atteintes à un bien corporel et étude de l'arrêt Lunus (n° 164) ; à la partie sociale du patrimoine moral (n° 165) ; à l'intégrité corporelle du demandeur (n° 166).	179
167	§ 2. Des souffrances morales subies par ..... ricochet (n°s 167 à 169)	183
170	Section 2 : *Des fondements de la réparation*	186
171	§ 1. *Satisfaction de la victime immédiate.* La thèse satisfactoire (n° 171). Elle est à la rigueur acceptable en ce domaine (n° 172).	
173	§ 2. *Peine privée au profit de la Famille* ..... *du défunt* ..... La notion de peine privée (n° 173). Application à la réparation du dommage moral en général (n° 174). Application à la réparation du préjudice d'affection en particulier (n°s 175 et 176).	187
	CHAPITRE I : DE LA « RÉPARATION DU PRÉJUDICE D'AFFECTION AU CAS D'ACCIDENT MORTEL	191
177	INTRODUCTION (n°s 177 à 180).	
181	Section 1 : *Analyse du droit positif : Permanence du concept de poursuite par la Fa-* .. *mille* ..... Préliminaire (n° 181).	194
182	§ 1. De la dissociation de l'action crimi- ..... nelle privée (jusqu'en 1910 environ) Caractère mixte de l'action criminelle privée (n° 182).	195

N°s		Pages
	Hésitations lorsque le préjudice est purement affectif jusqu'à *l'arrêt Quinto, rendu en* 1908 par la Chambre Criminelle (n°s 183 et 184).	
185	§ 2. De l'absence de tout critère juridique ..... de recevabilité (de 1910 à 1930)	198
	Le libéralisme de la Cour de Cassation (n° 185).	
	Le problème de la Famille de fait (n° 186).	
187	§ 3. De l'adoption explicite du critère familial ..... (de 1931 à 1950 environ)	201
	La notion de droit à l'affection (n° 187).	
	L'arrêt dame Gillet de 1931 et le « relativisme » de la doctrine Pilon (n°s 187 et 188).	
	Cette doctrine, assez isolée jusqu'en 1937, n'emporte aucune conséquence notable, réserve faite du cas de l'union libre (n° 189).	
	Conjonction des doctrines Pilon et Josserand en 1937 : Les arrêts s'insèrent dans une vue dualiste. Action « attitrée » (n° 190).	
	Critique du critère du lien de parenté ou d'alliance juridiquement établi (n° 191).	
192	§ 4. Du pragmatisme contemporain	208
	L'action est « banale (n° 192).	
	Critère de fait : communauté familiale. Cf. les arrêts Pedron de 1964 et Denos de 1967 de la Chambre Civile et la jurisprudence plus connue de la Chambre Criminelle (n°s 193 et 194).	
195	Section 2 : *Examen doctrinal*	213
196	§ 1. De la certitude du préjudice d'affection.	
	Caractère coutumier de poursuite familiale ; la Famille ne poursuit donc pas un proche de la victime (n°s 196 et 197).	

N°s		Pages
	§ 2. De l'évaluation du préjudice d'affec-	
198	..... tion	215
	Absence de toute étude de Pratique Judiciaire (Divorce de l'Ecole et du Palais).	
	Trois cas, semble-t-il, sous une seule étiquette : *Aucune réparation effective du préjudice moral pur* ; modestie de l'indemnité sauf trouble aux conditions d'existence.	
	Répartition de la peine entre les demandeurs.	
199	.. § 3. Du choix d'un contradicteur légitime Son opportunité (n° 199) s'impose même aux tenants de la thèse satisfactoire : système suggéré par MM. Mazeaud et Tunc (n° 200). Existence *de facto* d'un tel système ? (n° 201).	218
202	..... *Synthèse au regard des théories en présence* : Seule la peine privée rend compte de la Pratique judiciaire. Cette dernière ne justifie en rien les critiques des assureurs à l'encontre du pretium affectionis (n°s 202 et 203).	
	CHAPITRE II : DE LA « RÉPARATION » DU PRÉJUDICE D'AFFECTION AU CAS DE SURVIE DE LA VICTIME IMMÉDIATE	223
204	PRÉLIMINAIRE.	
205	.. § 1. De l'incohérence du droit positif	224
	Position de la question (n° 205).	
	Existence de deux courants opposés issus respectivement de Req. 22 déc. 1942 et de Civ. 22 oct. 1946 (n° 206). Divergences contemporaines entre la Chambre Criminelle (n° 207) et la Chambre Civile (n° 208).	
209	.. § 2. Examen doctrinal	228
	Approbation de la doctrine de la Chambre Civile par la jurisprudence dominante (n° 209).	

N°s		Pages
	Les pertinentes critiques de RIPERT et de MM. FLOUR et HOUIN : logique absurde de la thèse satisfactoire (n° 210). L'appel nécessaire à l'idée de peine privée : « Non bis in idem » (n° 211). Remarque : Ces divergences de jurisprudence ne sont-elles pas conciliables (imprécision de la *notion de victime immédiate* au regard de la médecine *psycho-somatique*) ? (n° 212).	
213	.. *Conclusion de la 2e Partie*	232
	Le droit positif correspond, *en fait,* aux conséquences principales de l'idée de peine privée. Hostilité à l'égard des projets de suppression de cette institution.	
	TROISIEME PARTIE	
	DE LA LICÉITÉ DU DOMMAGE : LE PROBLÈME DE L'INDEMNISATION DE LA CONCUBINE	233
214	NOTIONS PRÉLIMINAIRES	235
	Position de la question : Jurisprudences divergentes et influence du problème spécial de la concubine sur les données du problème général (n°s 214 et 215).	
	Limitation du débat au cas du mariage apparent (n°s 216 et s.)	237
	Sociologie de l'union libre : Extrême rareté des unions libres stables et « morales » (n°s 219 et 220)	240
	L'union libre entachée d'adultère est-elle toujours illicite au regard de la loi pénale ? Critique de la doctrine courante laquelle méconnait les règles de l'adultère pénal, lequel est réputé n'avoir pas existé (Crim. 26.8.1857) (n° 221)	243
222	CHAPITRE I : DE LA VANITÉ DE L'APPEL A LA MORALE	247
	INTRODUCTION :	
	Choix d'une morale de référence (n°s 222 et s.).	

N°s		Pages
	Rejet de l'adage « Nemo auditur » que l'on invoque bien légèrement en dehors de son domaine et au delà de ses effets (n° 223). Laïcisation du droit et morale religieuse (n° 224).	
225	§ 1. Concubinage et Morale chrétienne traditionnelle	251
226	§ 2. De la dualité des pouvoirs civil et religieux	253
	A) De l'impossibilité de sacraliser l'union légale (n°s 227 et 228	254
	B) Des « concubins » mariés religieusement (n° 229)	256
	Le Pharisaïsme de la jurisprudence Point et dame Marcel (Civ. 18 mars 1965), arrêt peu connu semble-t-il.	
	CHAPITRE II : DE LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION RATIONNELLE AU REGARD DU STATUT DE L'UNION LIBRE	260
230	INTRODUCTION :	
	Monogamie et développement économique (n° 230). Nécessité de mettre en harmonie la solution apportée au problème du droit à indemnité de la concubine à l'esprit général du statut de l'union libre (n° 231), spécialement tel qu'il découle de la législation contemporaine (n° 232).	
233	§ 1. *Du statut de l'union libre au regard du droit civil et du droit commercial*	264
	A) La prétendue Famille naturelle	
238	B) Rapport patrimoniaux	267
241	§ 2. *Du statut de l'union libre au regard du droit « social » et du droit fiscal*	271
244	§ 3. *Esquisse d'une solution en cas d'accident mortel survenu au concubin*	274

N°s		Pages
	Absence de toute politique de combat à l'encontre de l'union libre (n° 224). Il est illogique, inefficace et peu charitable de « pénaliser » les rares « bonnes » unions libres après le décès du concubin (n°s 245 et 246).	
247	CONCLUSION GÉNÉRALE	279
	I - Préjudice matériel (n° 248)	
	II - Préjudice d'affection (n° 249).	
	III - Le « Problème de la concubine » (n° 250).	
	IV - La nature réelle de l'action en réparation du préjudice : mécanisme d'une succession triangulaire (n° 251) ?	
	V - Plaidoyer pour les études historiques et le respect de nos institutions traditionnelles : A propos de Merlin de Douai et de certain arrêt des Chambres Réunies rendu sans une parfaite compréhension des origines du problème de l'opposabilité de la faute (n° 252).	
	BIBLIOGRAPHIE	
	Principaux articles et ouvrages cités seulement par le nom de l'auteur	285
	BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE	287
	I - Ouvrages généraux	287
	II - Thèses et ouvrages spéciaux	288
	III - Articles de revue, Chroniques et Notes de Jurisprudence	290
	IV - Bibliographie relative au droit à indemnité de la concubine	293
	A) Principales monographies consacrées essentiellement au dommage par ricochet subi par la concubine	
	B) Sur l'Union Libre en général.	
	TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES	297

ACHEVÉ D'IMPRIMER

PAR

LES PRESSES JURASSIENNES

DOLE-DU-JURA

LE 15 AVRIL 1969

2e Trimestre 1969 - Dépôt Légal N° 22 - N° d'éditeur : 1299